جامعة الحاج لخضر- باتنة-1
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية

"طبيعتها القانونية وأثرها على دولة القانون"

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية
تخصص قانون دستوري

إعـداد الطـالبة:
بيوش صليحة

إشـراف:
أ.د/خير الدين شمامة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة	الجامعة
زرارة صـالحي الواسـعة	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة باتنة1
شـــمامة خيــر الــدين	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة باتنة1
عبـد الجليـل مفتـاح	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة بسكرة
عبـد الرحمـان لحـرش	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة عنابة
جغلـــول زغـــدود	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة أم البواقي
أمـــال موســـاوي	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة باتنة1

السنة الجامعية 2015- 2016

قال الله تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالعَدْلِ إِنَّ اللهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

صدق الله العظيم.

(سورة النساء، آية 58).

شكرا

مصداقا لقوله تعالى ﴿وَإِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

أسجد لله عز وجل شكر وحمد لعونه وفضله، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وعملا بقول المولى سبحانه ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾:

كل التحية والتقدير والعرفان بالجميل إلى الدكتورة الفاضلة خير الدين شمامة لقبولها الإشراف على هذه الرسالة فلها مني كل معاني الثناء والشكر على ما قدمته لي من توجيه رشيد ورأي سديد ونصح مفيد وتزويدي بمعلومات قيمة ودعمها وتشجيعها المتواصل لي عند كتابة هذه الرسالة فخورة بأن أكون طالبة لها فجزاها الله عني عظيم الجزاء .

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بخالص الشكر وجزيل الامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه لتفضلهم بقراءة ومناقشة هذه الرسالة مما يزيدها شرفا عظيما ، فدمتم جميعا في خدمة العلم ولكم مني أبلغ الشكر وعظيم التقدير .

وأخيرا أتقدم بوافر الشكر وأسمى عبارات التقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة باتنة، وإلى كل من قدم لي يد العون لإنجاز هذه الرسالة من بعيد أو قريب، وأخص بالذكر الدكتورة لوشن دلال .

إهداء

إلى من يتجسد فيهما معنى الحنان والدي الكريمين.

إلى أعز من في الوجود إخوتي وأخواتي، وكل عائلتي التي

ساعدتني وشجعتني على إتمام هذا العمل المتواضع.

إلى من أحاطاني بالعطف والحب جدي وجدتي رحمهما الله.

إلى الذين جاهدوا بدمائهم وأرواحهم فداء لأوطانهم، شهداء الأمة الجزائرية، وخاصة أخي

جمال الدين- شهيد الواجب الوطني- رحم الله جميع الشهداء.

لكل هؤلاء أهدي هذا العمل.

مُقدمَة

اختلفت الأنظمة الدستورية في تنظيم اختصاصات رئيس الدولة، فقد يضطلع باختصاصات واسعة في النظام الرئاسي عكس دوره في النظام البرلماني إذ لا يقوم إلا بسلطات اسمية ودور شرفي، ويعود السبب لتعدد التفسيرات الفقهية لمبدأ الفصل بين السلطات، هذا الأخير يقوم على فكرتين أساسيتين هما التوازن والتعاون بين السلطات العامة، لكن المشكلة لا تكمن في احترام مبدأ الفصل بين السلطات بل بصعوبة الحفاظ على التوازن بين مختلف وظائف الدولة لأنها قد تبدوا متداخلة ومتقاطعة، من شأن هذا التداخل أن يزيل التمييز بين السلطات العامة مما قد يضعف من أهمية توزيع الاختصاصات، فالسلطة الواحدة قد تؤدي أكثر من وظيفة في آن واحد، ومن ثم تقوم بأعمال مختلفة خاصة بين الاختصاصات التنفيذية والقضائية نظرا لتداخل هاته الاختصاصات إذ يهدفان كلاهما إلى تنفيذ القوانين، ونظرا لتداخل وتقابل في الاختصاصات والمهام بين هاتين السلطتين لذا كان من الضروري البحث عن معيار يتم على أساسه تمييز هذه الوظائف تمييزا دقيقا ومن ثم تمييز أعمال رئيس الجمهورية.

وقد تبنت الدساتير معايير لحل هذه الاشكالية، لكن لا تزال بعض الأعمال لم تحدد طبيعتها القانونية، خاصة في بعض الدساتير ومنها الستور الجزائري لسنة1996 إذ خول لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في حق العفو عن العقوبة وتخفيض العقوبات أو استبدالها وذلك في إطار ممارسته للسلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور بنص المادة 72 ، وقد أسند له هذا الحق باعتباره رئيس المجلس الأعلى للقضاء، ومن جهة ثانية يتولى رئيس الجمهورية التعيين المباشر غير المقيد بشروط لستة أعضاء من الشخصيات، كل ذلك قد يثير التساؤل حول مدى تسبب في حصول تحكم من رئيس الجمهورية.

هذا الازدواج الوظيفي لرئيس الجمهورية أدى إلى توسيع اختصاصاته ومجالات تدخله مقابل تقلص اختصاصات السلطة القضائية، وهذا يعني غياب التوازن والاختلال في توزيع الاختصاصات بشكل قد يتنافى مع متطلبات دولة القانون.

1- أهمية الموضوع: تظهر أهمية الموضوع من خلال:

- لفت الانتباه إلى أن الدستور الجزائري 1996 كرس سمو السلطة التنفيذية بوجه عام ومؤسسة رئاسة الجمهورية بوجه خاص على السلطة القضائية وذلك بمنح رئيس الجمهورية اختصاصات قضائية واسعة، وهذا يعتبر اعتداء صريحا على واجب رئيس الجمهورية في احترام سيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات ويجعل من مبدأ التعاون والتوازن بين السلطات يختل، مما يشكل مساسا خطيرا بمبادئ الديمقراطية ودولة القانون.

- التنبيه إلى أن الاختلال المشار إليه قد يحول دون تصنيف النظام الدستوري الجزائري بين الأنظمة الديمقراطية ويجعل من أحد المبادئ الدستورية المعلن عنها- استقلالية القضاء- غير مطبقة، مما يؤدي إلى نتيجة خطيرة جدا مفادها أنه كلما ازدادت صلاحيات السلطة التنفيذية زاد ميلها إلى التعسف بالسلطة.

2- إشكالية البحث: إن النظرة الوظيفية للقضاء جعلته يحتل مكانة مرموقة بين سلطات الدولة لما تقوم به من دور بارز في إقامة العدل وتطبيق نصوص القانون وتحقيق الحرية للأفراد وضمان حقوقهم، فاستقلالية القضاء تعد أحد مقاييس درجة تطور دولة القانون ومظهر من مظاهر سيادتها، ومن أجل ذلك حرصت غالبية دساتير الدول على تقرير استقلال القضاء في أداء وظيفته وإحاطته بكافة الضمانات التي تكفل له الاضطلاع بمهامه بما يتفق وحكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وهي تحقيق التوازن والتعاون وتوفير الحياد لكل منها في مجال اختصاصها.

ويعتبر الدستور الجزائري واحدا من هذه الدساتير، حيث أكد ذلك في العديد من مواده في الفصل الخاص بالسلطة القضائية، ابتداء من المادة 138 إلى غاية المادة 150 والتي تنص في مجملها على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون وأنه محمي من الضغوط والتدخلات التي قد تمس بنزاهة حكمه، وأنه مسؤول فقط أمام المجلس الأعلى للقضاء وعلى كل أجهزة الدولة بما فيها السلطة التنفيذية أن تنفذ أحكام القضاء، الأمر الذي يطرح الإشكالية التالية: **إلى أي مدى يمكن للاختصاصات القضائية الواسعة لرئيس الجمهورية أن تؤثر على استقلالية السلطة القضائية كواحد من أهم مبادئ دولة القانون؟**

ولدعم العملية البحثية في الوصول إلى أهداف مساعدة في نفس النسق البحثي، يمكن أن نطرح بعض الأسئلة الفرعية التالية:

- ما مدى تقييد سلطة رئيس الجمهورية عند ممارسته حق العفو عن العقوبة؟
- ما هو دور رئيس الجمهورية في المجلس الأعلى للقضاء؟
- ماهي آثار توسيع الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية على دولة القانون؟
- ما مدى مسؤولية رئيس الجمهورية على أعماله القضائية، وماهي متطلبات دولة القانون؟

3- جدة الموضوع واختلافه عن الدراسات السابقة: إن أغلب الدراسات والبحوث المقدمة في المجال الدستوري اهتمت بتحديد آليات الرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وتتجاهل في معظم الأحيان السلطة القضائية، بالنظر إلى أنها تكون في أغلب الأحيان في منأى عن التجاذبات القائمة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لأن السلطتين تتعاونان وتؤثران في بعضهما البعض، ولكن هذا لا ينفي تعرض السلطة القضائية لتأثير السلطتين بل أكثر من ذلك قد يكون لها هي الأخرى تأثير كبير عليهما، في حين نطاق دراستنا يرتكز أساسا على الاختصاصات القضائية الممنوحة لرئيس الجمهورية وتأثير ذلك على النظام الدستوري، حيث وجدنا دراسة واحدة بعنوان العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء قدمها الطالب للباحث العزب رجب محمد عبد الله، للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009.

كانت دراسته مقارنة مع الشريعة الاسلامية، كما تناولت العلاقات المتبادلة بين رئاسة الدولة كجزء من السلطة التنفيذية والقضاء؛ أي كيفية تأثير كل واحدة منهما على الآخر القضاء.

أما موضوع هذه الأطروحة، فإنه ليس دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية وتأثير السلطة القضائية على رئيس الجمهورية بل العكس أي تأثير الوظيفة القضائية لرئيس الجمهورية على مدى استقلالية السلطة القضائية وأثر ذلك على دولة القانون.

وقد تلتقي هذه الدراسة مع موضوع الأطروحة من خلال تحديد مدى تأثير رئيس الجمهورية على القضاء من خلال سلطاته كحقه في العفو عن العقوبة، وتعيين القضاة، ورئاسة المجالس القضائية، إلا أنها تختلف في بعض فصولها وجزئياتها كالتركيز على تحديد الطبيعة القانونية لهذه الاختصاصات، ومدى تأثير هذه الاختصاصات الموسعة لرئيس الجمهورية على دولة القانون.

– كما أن هذا الموضوع يعد جديدا عل المستوى الدستوري الجزائري، خاصة في ظل التعديلات الدستورية لسنة 1996 التي عززت مكانة رئيس الجمهورية من خلال توسيع صلاحياته، الأمر الذي يحتم علينا إعادة تقييم المعلومات والتحاليل المتوفرة واستنتاج دلالاته فهو موضوع يطرح نفسه، هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن هذا الموضوع لا زال محل جدل فقهي كبير بين الدارسين الجزائريين، فبعضهم يرى منح الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية هو تعد على مبدأ الفصل بين السلطات، في حين يرى البعض الآخر من الفقه أن هذه الاختصاصات القضائية مثل تعيين القضاة ورئاسة المجلس الأعلى للقضاء ومنح العفو عن العقوبة من قبل رئيس الجمهورية ليست سوى اجراءات تدخل في عمل السلطة التنفيذية ولا تغوص في شؤون السلطة القضائية الخاصة باستقلاليتها في حل المنازعات في المحاكم، لذلك ينبغي علينا دراسة هذا الموضوع في إطار فهم خصوصيات النظام السياسي الجزائري التي يتميز وينفرد بها.

4- أسباب اختيار الموضوع: تبرز أسباب اختيارنا لموضوع الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية من عدة نواحي، ويمكننا التمييز بينها في الأسباب الذاتية والموضوعية:

فالأسباب الذاتية: تتمثل في:- ما كتب حول هذا الموضوع يعد قليلا، رغم وجود دراسات وبحوث من قبل أساتذة القانون الدستوري وبما أن التخصص الذي درسته هو القانون الدستوري، فقد رغبت في البحث هذا الموضوع خاصة وأن الحياة الدستورية في بلادنا قد تكون حديثة نسبيا إذا ما قورنت بما هي عليه في الديمقراطيات العريقة وتحتاج إلى دراسات عديدة.

– كما أن أغلب هذه الدراسات والبحوث جاءت عامة في مختلف العلوم الإنسانية في حين اتجاه دراستنا محدد في هذا المجال الدستوري.

– البحث والدراسة فيه تكمن في تزايد الاهتمام من جانب المجتمع الدولي بمسألة استقلال القضاء، وتجلى ذلك بما صدر عن العديد من المؤتمرات الدولية والوطنية من المواثيق والاتفاقيات تؤكد هذا المعنى، وكذلك بما تنص عليه دساتير أغلب دول العالم ويدعو إليه الرأي الراجح في فقه القانون الدستوري، حيث أن استقلال القضاء ضمانة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ولكي نساهم في حل بعض الإشكالات القانونية المتعلقة به ومن ثم تطوير النظام القضائي الجزائري.

أما الأسباب الموضوعية هي:– أن هذا الموضوع له أهمية بالغة من خلال تأثيره المباشر على المجتمع والدولة ونظامها السياسي ككل فهو الوسيلة الضرورية لبناء دولة القانون، خاصة أن هذه الاختصاصات مبالغ فيها بالشكل الذي قد ينال من مبدأ الفصل بين السلطات ويسيء إلى دولة القانون.

– هذا الموضوع يعد مؤشرا يقاس به مدى التطور الديمقراطي وقدرته على الاستقرار السياسي والاستمرارية لأن السلطة القضائية هي الضمانة الأساسية لحماية حقوق الأفراد وتكريس دولة القانون.

– البحث عن العديد من القضايا ذات الصلة بطبيعة مهمة القضاء، وتقييم التنظيم الدستوري لمنصب رئيس الجمهورية باعتباره هو المحور الرئيسي في هذا النظام.

5– مناهج الدراسة: للإجابة على الإشكالية المطروحة حاولنا الجمع بين عدة مناهج ومنها: **المنهج الوصفي التحليلي**، حيث نقوم بوصف دقيق للوظيفة القضائية وتمييزها عن الوظيفة الإدارية، ثم تحليل النصوص الدستورية والقانونية من أجل معرفة الطبيعة القانونية لمرسوم العفو عن العقوبة، ووسائل التأثير التي تملكها السلطة القضائية في مواجهة السلطة التنفيذية، كما أننا سنضطر من حين لآخر إلى الاستعانة بالمنهج المقارن لمعرفة نقائص المنظومة القانونية الحالية ذات الصلة بموضوع الرسالة، خاصة أمام سكوت المؤسس الجزائري عن بعض النقاط، بحيث تتم الاشارة إلى بعض الدساتير المقارنة لا سيما القريبة

من تجربتنا بهدف تحسين الأوضاع ومن أجل اعطاء صورة أكثر وضوحا كالنظام الفرنسي الذي يعد مصدرا تاريخيا للدستور الجزائري، والدستور الأمريكي كونه يكرس النظام الرئاسي الذي بدت بعض معالمه في النظام الجزائري الحالي، سعيا منا أن نجعل هذه الدراسة دراسة نقدية خارجين عن المألوف في الدراسات الوصفية بهدف الكشف عن آثار توسيع الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية نصا وممارسة.

6- خطة البحث: لقد قسمنا هذه الرسالة إلى فصل تمهيدي وبابين، ففي الفصل التمهيدي تكلمنا عن التأصيل النظري لتمييز وظائف السلطات الثلاث ووضحنا مفهوم الوظيفة القضائية ومعايير تمييزها عن الوظيفة التنفيذية، أما الباب الأول فحددنا فيه اختصاصات رئيس الجمهورية في المجال القضائي وقسمناه إلى فصلين، فالفصل الأول خصصناه لحق اصدار العفو عن العقوبة من خلال تحديد الطبيعة القانونية له، ثم شروط تطبيقه، وصولا لآثاره، وفي الفصل الثاني تطرقنا إلى دور رئيس الجمهورية في انشاء المجلس الأعلى للقضاء من خلال الدور العضوي والوظيفي في هذا المجلس، وفي الباب الثاني بحثنا عن آثار توسيع الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية على دولة القانون وقسمناه إلى فصلين، فالفصل الأول كان بعنوان مسؤولية رئيس الجمهورية على أعماله القضائية، وفي الفصل الثاني بحثنا في متطلبات دولة القانون من خلال تحديد ماهية دولة القانون وضماناتها، ثم التعرض لدور المجلس الدستوري الجزائري في ترسيخ دولة القانون.

الفصل التمهيدي

التأصيل النظري لتمييز وظائف السلطات الثلاث

تستند الدولة القانونية في أساسها على مؤسسات دستورية، تناط بها وظائف مختلفة تقوم على التوازن فيما بينها انطلاقا من فصل السلطات، لكن المشكلة لا تكمن في احترام مبدأ الفصل بين السلطات، بل في صعوبة الحفاظ على التوازن بين مختلف وظائف الدولة وكيفية تقسيم العمل بينها بشكل منظم، لأن هذا الأمر يرتب نتائج هامة وخطيرة في التنظيم الدستوري للدولة.

لذا اهتم معظم فقهاء القانون العام خاصة بعد ظهور مبدأ فصل السلطات بتحليل الطبيعة القانونية لوظائف الدولة والتأكد مما إذا كانت الوظيفة القضائية متميزة عن باقي وظائف الدولة؛ أي هل يترتب على ذلك وجود ثلاث وظائف يتميز بعضها عن بعض؟ وما هو المعيار الدقيق لهذا التمييز؟

وبهذا أصبحت الصعوبة تتركز خاصة في تعريف الوظيفة القضائية وتمييزها عن طريق تعريف طبيعة أعمالها ونظامها القانوني، على أساس أن أي تطور يمس بمبدأ الفصل بين السلطات تنسحب آثاره بالضرورة إلى مكانة القضاء باعتباره الآلية المعهود إليها بضمان سيادة القانون واحترام حقوق وحريات الأفراد، هذا الأمر يوجب عدم التدخل في عمل القضاء حتى يتمكن من تحقيق وظيفته بوصفه سلطة تقف على قدم المساواة بجانب السلطتين التنفيذية والتشريعية.

وبناء عليه، سوف يتناول هذا الفصل ماهية مبدأ الفصل بين السلطات(المبحث الأول)، ثم مفهوم الوظيفة القضائية بالذات ومعايير تمييزها عن غيرها من الوظائف الأخرى(المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية مبدأ الفصل بين السلطات

إن موضوع السلطات العامة للدولة ووظائفها، حظي باهتمام جل المفكرين والفقهاء في حقول المعرفة الانسانية وخاصة فقهاء القانون العام لكونه العنصر المميز للدولة، لكن هذه السلطة العامة ارتبطت في البداية بشخص الحاكم والذي يمارسها كامتياز شخصي مما أدى إلى استبداده وتركيز السلطة في يده وظهور ما يعرف بالحكومات المطلقة والتي عبر عنها المفكر البريطاني لورد أكتون قائلا" إن السلطة مفسدة والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة."[1]

ولما كانت السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، لاهتدى فقهاء القانون الدستوري إلى مبدأ تقني دستوري يعمل على تقسيم عمل الدولة؛ أي فكرة مواجهة السلطة بالسلطة ذاتها، مما يستدعي توزيع وظائف الدولة المتباينة من حيث طبيعتها على هيئات متساوية ومنفصلة، بحيث لا تحتكر سلطة واحدة مختلف الوظائف، غير أنه يترك مجالا للتعاون المتبادل بين كل سلطة مع غيرها من السلطات وتعتبر الرقابة المتبادلة بينها الحد النسبي لاستقلالية أي سلطة وهذا ما يسمى بمبدأ الفصل بين السلطات.

وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يرجع بأساسه إلى كتابات أفلاطون وأرسطو ولوك، إلا أن مدلوله الحالي ارتبط باسم Montesquieu بشكل كبير وجديد، إذ كان لأفكاره أثر بالغ، حيث تداولها غالبية الفقهاء وأصبح المبدأ منذ منتصف القرن السابع عشر أحد المبادئ الجوهرية لوضع الدساتير ومعيار على تبني النظم السياسية للنهج الديمقراطي، إلا أن سوء فهم مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به هذا الفقيه أدى بالبعض إلى تفسيره بشكل خاطئ، فتعددت التعريفات والتفسيرات، وهذا ما سيتم التركيز عليه في هذا المبحث من خلال التحليل التاريخي والنظري للمبدأ والوقوف على المعنى الحقيقي له عند Montesquieu في المطلب الأول، وصولا إلى تقدير المبدأ من خلال تحديد موقف الفقه منه في مطلب ثان.

---

[1]- نقلا عن سعاد الشرقاوي: **النظم السياسية في العالم المعاصر**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 121.

المطلب الأول:
التطور التاريخي لمبدأ الفصل بين السلطات

لقد كان لأعلام الفكر الفلسفي الإغريقي كأفلاطون وأرسطو دور هام في وضع الأساس النظري الذي قام عليه مبدأ الفصل بين السلطات قبل القرن الثامن عشر، إذ ظهر للوجود كوسيلة لمنع تركيز السلطة في يد واحدة، كما كان Lock Jean أول من أبرز هذا المبدأ في العصر الحديث بعد الثورة السياسية التي قام بها البرلمان الإنجليزي سنة 1688 والتي أدت إلى إعلان وثيق الحقوق سنة 1989، لكن المبدأ لم يتضح مضمونه إلا بعد نشر أفكار الفقيه Montesquieu فكان له الفضل في إبرازه كمبدأ أساسي لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة، وعليه يمكن القول أن مبدأ فصل السلطات ليس ذو نشأة ليبرالية، لكن يمكن القبول بذلك في حدود أنها طورته نظريا.[1]

وكان أول تطبيق للمبدأ عمليا هو ما نص عليه دستور Oliver Cromwell في انجلترا في القرن السابع عشر الذي ميز بين السلطات الثلاث.[2]

وقد برزت بعد ذلك العديد من الأصوات للمناداة بهذا المبدأ منها الكاتب الفرنسي Jean Boudin والفيلسوف الانجليزي Lock Jean، وفي أمريكا كان وراء هذه الفكرة الكاتبين هاملتن ومادسن.[3]

وعليه سيتناول هذا المطلب نشأة مبدأ الفصل بين السلطات(الفرع الأول)، ثم الوقوف على معناه عند الفقيه Montesquieu (الفرع الثاني).

---

(1)-لمين شريط: **خصائص تطور النظام الدستوري الجزائري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 1991، ص17.

(2)-سعيد السيد علي: **حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية**، دون دار طباعة، 1999، ص 21 وما بعدها.

(3)-خليل جريج: **الرقابة القضائية على أعمال التشريع**، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجيلاوي، 1971، ص37.

الفرع الأول: نشأة مبدأ الفصل بين السلطات

يقتضي الحديث عن نشأة مبدأ الفصل بين السلطات الإشارة لإسهام المفكرين السابقين لـMontesquieu (أولا)، ثم التوقف عند من ارتبط المبدأ باسمه(ثانيا).

أولا-الخلفية الفلسفية للمبدأ قبل ظهور نظرية مونتيسكيو: إذا أمعنا النظر من الناحية التاريخية في الأسباب التي أدت إلى استنباط هذا المبدأ يتبين لنا أنه ظهر للوجود كطريقة فنية دستورية للتوفيق بين الملكية التقليدية المطلقة والديمقراطية التمثيلية، فنجد منبعه عند أقطاب الفكر الفلسفي الإغريقي أمثال أفلاطون وأرسطو ومن بعدهم عند فلاسفة العقد الاجتماعي أمثالJean Lock .

1-عند أفلاطون: كانت أفكار أفلاطون من خلال كتابه **القوانين** لها دور كبير في إبراز مبدأ الفصل بين السلطات، إذ رأى أن وظائف الدولة يجب أن تتوزع على هيئات مختلفة مع إقامة التوازن بينها لكي لا تخرج أي هيئة عن حدود اختصاصاتها، وحتى يضمن عدم انحراف هذه الهيئات قام بتقسيم وظائف الدولة المختلفة وإسناد كل وظيفة إلى هيئة مستقلة وهي: أ/مجلس السيادة يهيمن على دفة الحكم في الدولة؛

ب/جمعية تضم كبار الحكماء وظيفتها الإشراف على التطبيق السليم للدستور؛

ج/مجلس الشيوخ وهو منتخب من الشعب ومهمته التشريع؛

د/هيئات تنفيذية وتعليمية لإدارة مرافق الدولة؛

ه/هيئة شبيهة لما يعرف حاليا بالشرطة للحفاظ على الأمن داخل البلاد وهيئة الجيش للدفاع عن سلامة البلاد من الاعتداءات التي تهددها من الخارج؛

و/هيئة قضائية مهمتها الفصل في المنازعات داخل الدولة. [1]

مما يعني أن افلاطون ومنذ القدم قد فكر في تخصيص هيئة لحل المنازعات تكون مستقلة عن غيرها من الهيئات، وبهذه الطريقة تتولى كل هيئة الإشراف على عمل معين وتسأل عنه لتفادى الاستبداد الناجم عن تركيز جميع الوظائف في يد واحدة.

---

[1]- عدنان عاجل عبيدات: **أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون**، دون دار أو مكان نشر، 2008، ص48.

2-عند أرسطو: قسم أرسطو في كتابه **السياسة** وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف وهي: **أ/**وظيفة تنفيذ القواعد وهو ما أسماه بوظيفة الأمر أو نظام الإدارات؛

ب/وظيفة التقرير وتتمثل مهمتها في وضع القواعد المنظمة للجماعة؛

ج/وظيفة العدالة وتتولاها محاكم، مهمتها الفصل في الخصومات والجرائم.[1]

كما حدد أرسطو كذلك الهيئات الثلاث التي تتولى مباشرة هذه الوظائف بشكل مستقل مع قيام التعاون بينها جميعا، وهي الجمعية العامة لوظيفة التشريع وهيئة الحكام لوظيفة التنفيذ والهيئة القضائية لوظيفة القضاء، وقد أكد أرسطو على أن القضاء هيئة ذات سلطة حقيقية، وأنه على هذا الأساس يستطيع مراقبة السلطتين الأخريين.[2]

ولكن تجدر هنا الإشارة إلى ملاحظة الأستاذ مصطفى البحري القائل بأنه "إذا كانت وظيفتي الأمر والعدالة تطابق في مفهوماتنا الحديثة السلطتين التنفيذية والقضائية، فإن وظيفة المداولة لا تطابق وظيفة التشريع التي نعرفها الآن، وذلك أن المداولة تتسع عند أرسطو لأكثر من مجرد عمل قانوني، بحيث يدخل فيها فضلا عن ذلك كل ما يتصل بالسلم والحرب والمعاهدات وانتخاب الحكام والتدقيق في حساباتهم".[3]

وبذلك، يبدو أن أرسطو لم يتحدث عن فصل السلطات وإنما كان يبحث عن طريقة للتنظيم لأن السلطة لا تنبع إلا من الجماعة، لذا لا يجوز أن تسند إلى فرد أو أقلية من الشعب وإنما للجماعة كلها، فهو قصد تقسيم وظائف الدولة حسب طبيعتها القانونية والتي يجب أن تكون أهم مسألة تشغل بال المشرع الدستوري الحريص على استقرار الوضع السياسي في الدولة، ولكن تبقى أفكار أرسطو هي التي مهدت السبيل لمبدأ الفصل بين السلطات وأسهمت في نشأته وتكوينه.

لقد كان إذن لتأصيل مفكري اليونان لمبدأ الفصل بين السلطات الأثر الكبير في تطور القضاء من خلال إقرار كل من أفلاطون وأرسطو بوجود هيئة قضائية تختص بالفصل في

---

[1]-عبد الغني بسيوني عبد الله: **النظم السياسية(أسس التنظيم السياسي)**، منشأة المعارف، القاهرة، 1991، ص187.

[2]-حازم صادق: **سلطة رئيس الدولة(بين النظامين البرلماني والرئاسي)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص17.

[3]- حسن مصطفى البحري: **الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية**، على موقع.https: //www.5ayma/vb/showthread.php?t=7623 ، بتاريخ11-03-2011، الساعة12.43، ص2.

المنازعات المختلفة حتى وإن لم تنفرد بعد بأداء جميع اختصاصاتها القضائية، لأنه كما رأينا أن أرسطو قد رأى امكانية أن تمارس بعض هذه الاختصاصات من قبل السلطة التشريعية كاختصاص إصدار حكم الإعدام، ومع ذلك فإن وجودها ولو بصورة نسبية حقيقة لا تنكر.

3-عند جون لوك: لقد كان للفيلسوف الانجليزي John Locke تصوره الخاص كما أبرز أهمية مبدأ فصل السلطات في القرن السابع عشر من خلال كتابه **الحكومة المدنية** الذي صدر سنة1690، إذ يصور السلطة في منظور تعاقدي ويرسم لها عدة صور:

أ/سلطة التاج وهي مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية؛

ب/السلطة التشريعية التي تضع القواعد اللازمة لحفظ الجماعة وأفرادها ومنحها الأولوية ورأى أنها تسمو على غيرها من السلطات؛

ج/السلطة التنفيذية الممنوحة للملك والتي تقوم بتنفيذ القوانين والمحافظة على الأمن؛

د/السلطة الاتحادية أو الفيدرالية وهي صاحبة الاختصاص في المسائل الخارجية للدولة كإعلان الحرب وتقرير السلم وإبرام المعاهدات ومباشرة العلاقات الخارجية، ولكن الفصل يخص موقع إنشاء القوانين من جهة وموقع تنفيذ هذه القوانين من جهة أخرى، فهو يدرك مدى سمو وظيفة التشريع لأنه يعتقد أن السلطة التي تضع القوانين لكل جزء ولكل عضو من اعضاء الدولة ليحدد سلوكه تكون في مركز أسمى، ولا تسمو على السلطة التشريعية إلا سلطة الشعب.[1]

والملاحظ على أفكار Locke أنه لم يعتبر السلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها، بل اعتبرها سلطة تابعة للسلطة التشريعية، وذلك لأن Locke وهو يضع نظريته حول مبدأ فصل السلطات يبدو أنه قد تأثر بالنظام الانجليزي السائد في عصره، حيث كان البرلمان الإنجليزي يعهد إليه بمهمة الفصل في المنازعات الهامة، كذلك كان القضاة حتى ثورة 1688 خاضعين خضوعا تاما لسلطات التاج الملكي سواء من حيث التعيين أم العزل أم تلقي الأوامر، وبالرغم من تغير وضع القضاة بعد الثورة إذ أصبحوا غير قابلين للعزل إلا بقرار من

[1]-السيد الصباحي يحي: **النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص350.

البرلمان، إلا أن هذا التغيير لم يضمن لهم الاستقلال الكامل في قضائهم والنزاهة في أحكامهم لأنهم كانوا خاضعين ومتأثرين باتجاهات الأغلبية الحزبية في البرلمان.[1]

وقد دعا الفقيه Locke إلى ضرورة الفصل بين السلطة التي تباشر وظيفة التشريع والسلطة التي تباشر وظيفة التنفيذ، ونبه إلى خطورة جمع هاتين الوظيفتين في يد هيئة واحدة، لذلك يجب تقييد كل من السلطتين بمبدأ تحقيق المصلحة العامة، ولقد برر هذا الفصل على أساس طبيعة العمل، فالسلطة التنفيذية يتطلب وجودها بصفة دائمة ومستمرة أما السلطة التشريعية ليست دائمة الوجود، ذلك أن مهمتها مقصورة على سن قوانين عامة تطبق في المستقبل ومثل هذه المهمة يمكن أداؤها على فترات متقطعة، إذ أن الدولة لا تحتاج إلى قوانين كل يوم، ولكنها في حاجة إلى هيئة دائمة تقوم بتطبيق القوانين على الحالات الفردية التي تثور يوميا، ولأن الفقيه Locke قدم ما كان سائدا في انجلترا، فإنه يعتقد بأن الملك يجب أن يبقى هو الجهاز الأعلى في الدولة.[2]

مما تقدم، يمكن القول أن الفقيه Locke استطاع أن يميز بين الوظائف ويوضح فائدة التقسيم، ولكنه لم يتوصل إلى إقامة نظرية حول مبدأ الفصل بين السلطات، وسبب ذلك يعود إلى كون نظريته لم تتجاوز حدود الصورة التي رسمها للنظام الإنجليزي في عهده ولم ترق بذلك نظريته إلى العمومية، لكن هذا لا يقلل من قيمة أفكاره، إذ كانت الأساس الذي استلهم منه الفقيه Montesquieu أفكاره من بعده.

4-عند جان جاك روسو: لقد قدم الفقيه الفرنسيJean-Jacques Rousseau مفهوما مختلفا من خلال كتابه **العقد الاجتماعي**، والذي انطلق فيه من الديمقراطية المباشرة التي تقضي بأن تكون السيادة للشعب وليس للحاكم، لهذا أكد Rousseau على سلطة التشريع واعتبرها السلطة الوحيدة التي تحتاج لأداء مهامها على أكمل وجه إلى وجود سلطة خادمة تتولى عنها تنفيذ القوانين وتطبيق التشريعات، فهو يرى ضرورة الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية بسبب اختلاف طبيعتهما، فالسلطة التشريعية هي التي تنحصر فيها

[1]- بدر محمد حسن عامر الجعيدي: **التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني**(دراسة مقارنة مع التطبيق على النظام الدستوري الكويتي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص36.

[2]-حازم صادق: المرجع السابق، ص 20.

السيادة والتي تمثل مجموع الشعب، أما السلطة التنفيذية ووظيفتها تنفيذ القوانين فإنها ليست مستقلة وإنما هي مندوبة عن الشعب وخادمة له، كما أنه من حق الشعب مراقبتها وإقالتها إذا اقتضى الأمر ذلك، أما السلطة القضائية، فهي شبيهة بالسلطة التنفيذية لكون القضاة كغيرهم من موظفي السلطة التنفيذية يخضعون لنفس القوانين والقواعد العامة التي تقررها السلطة التشريعية لذلك يعتبرها جزءا من السلطة التنفيذية.[1]

وبناء عليه فإن Rousseau لا يقر بفكرة تساوي السلطات في السيادة واستقلالها عن بعضها بعض.

ثانيا-نظرية مونتيسكيو

1- مراجعة الأفكار السابقة: كما سبقت الاشارة إليه فإن التمييز والفصل بين السلطات والذي هو أساس التقسيم التقليدي للمهام بين الهيئات كان مطروحا من قبل، إلا أن المبدأ لم يأخذ أهمية إلا بعد نشر Montesquieu مؤلفه الشهير **روح القوانين** الصادر سنة 1748، حيث قام هذا الفيلسوف بدراسة الأفكار النظرية السابقة خاصة من قبل الفقيه جان جاك روسو والفقيه جون لوك وأوضح الخطأين المنهجي والنظري الذين وقع فيهما هؤلاء المفكرين، كما استفاد أيضا من تجربة النظام السياسي الإنجليزي وصاغه صياغة جديدة، فكتابه كما ترى الأستاذة Elisabeth Zoller "عبارة عن مجموعة من الملاحظات المستخلصة من الأداء السليم للقواعد التي تحكم النظام السياسي البريطاني واستطاع إعادة النظر في عمل المؤسسات البريطانية والتي كانت لا تزال لا تعرف النظام البرلماني، وأوجد فيها فصل حقيقي بين السلطات هذا الترتيب خلق نظرية دستورية عالمية أصبحت بمستوى الحكومة الدستورية".[2]

لقد حاول Montesquieu حل قضايا موجودة في عصره وبناء نظرية مختلفة تكون نهجا سياسيا جديدا عالميا صالحا لأية مسألة أو نظام دستوري في المجتمع مستقبلا، فارتبط

[1]-للمزيد أنظر:- سعيد بوشعير: **القانون الدستوري والنظم السياسية(الأنظمة السياسية)**، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 19994، ص167.

-بدر محمد حسن عامر الجعيدي: المرجع السابق، ص34.

[2]- Zoller Elisabeth: **Droit Constitutionnel**,2éme éditions, PUF, Paris,2000,p.289.

المبدأ باسمه وأصبح المبدأ الأساسي لتنظيم الأنظمة الليبرالية، وهو نقطة الانطلاق لتنظيم السلطة في دستور الدولة ويحدد تنظيم وسير عمل السلطات العامة الدستورية وكان كتابه أحد أسباب النجاح المذهل لمبدأ الفصل بين السلطات.

2-مفهوم النظرية: يهدف Montesquieu في نظريته إلى ايجاد حل لنقيضين هما السلطة والحرية ومنع السلطة من أن تصبح مستبدة، وفي سبيل ذلك وضع جملة من الآليات إذ انطلق في الفصل السادس من الكتاب الحادي عشر من فكرة الحرية السياسية التي يقصد بها"الحق في ممارسة كل ما يبيحه القانون وبحث القوانين التي تحدد شكل الحرية وعلاقتها بالدستور ".[1]

وهذه الحرية السياسية لا توجد-حسبه- إلا في ظل الحكومة المعتدلة، أما الحكومة الاستبدادية لا جدوى من البحث في ضمان الحرية السياسية فيها، لأن الحرية السياسية ليست دائما موجودة في تلك الحكومات مؤكدا في هذا الصدد على أن "التجربة الأبدية أثبتت أنه عندما تجتمع القوى والسلطات في يد شخص واحد أو مجموعة أشخاص من نفس الإيديولوجية ليس هناك مجال للحرية وسوف تضيع إذا كان الشخص نفسه أو حتى الجسم الرئيسي من النبلاء أو الشعب الممارسين تلك السلطات الثلاث صنع القوانين وتنفيذ القرارات العامة والحكم على منازعات الأفراد"[2]، أو كما قال Georges Vedel "الحرية دائما في خطر أو سوف تختفي في يوم من الأيام إذا كان واحد من أجهزة الدولة يمارس صلاحيات أكبر بكثير من غيره".[3]

من هذا المنطلق حدد Montesquieu شروط الحرية السياسية على النحو الآتي:

1-أن القانون هو الوحيد القادر على ضبط العلاقة الثنائية بين السلطة والحرية والتي هي محكومة بفرضية ألا وهي لا وجود للواحدة دون الأخرى، من هنا شدد على ضرورة أن يكون القانون غير تعسفي، ولتحقيق هذا العمل يجب أن يكون هناك تمايز في مراحله الثلاث الإعداد، التطبيق، حل النزاعات المترتبة عنه، مما يفرض وجود ثلاث وظائف لدور

---

[1]- Montesquieu: **De l'esprit des lois**, Tome1, E.N.A.G, Alger, 1990, p.181.
[2]- Idem, p.180.
[3]- Jacques Cadart: **Institutions Politiques et Droit constitutionnel**, Tome 1,2éme éditions, LGDJ, Paris, 1979 , p.311.

هذا القانون من المفترض أن توزع على ثلاث هيئات متخصصة ومستقلة الواحدة عن الأخرى وهي: "الإعداد وهو الوظيفة التشريعية يناط بجمعيات تمثيلية للجسم الاجتماعي، والتطبيق وهو الوظيفة التنفيذية يناط بالملك أو بالوزراء، وتسوية الخلافات وهي الوظيفة القضائية تناط بقضاة منتخبين من الشعب".[1]

والجمع بين أية سلطة من سلطات الدولة والوظيفة التي تقوم بها يتم بشكل تلقائي عبر القاعدة القانونية المخولة حق اتخاذها، وهذا التخصص في الوظائف ينشأ عن سيادة استقلال كل هيئة تجاه الأخرى.

2-إعطاء الحرية في اتخاذ القرار والقدرة على المنع.

ويعني مبدأ الفصل بين السلطات الأمرين معا، فهو يرى في فصل السلطات الحل الوحيد للحرية السياسية، إذ يعمل على عدم تركيز جميع السلطات في قبضة هيئة واحدة، فإذا تم الجمع مثلا بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية أي صار القاضي مشرعا، فإن الحرية تختفي وإذا اجتمعت السلطة القضائية والسلطة التنفيذية فإن القاضي قد يهدر بأحكامه حريات الأفراد.

وتبدو عبقرية Montesquieu في تحديده حدود وقيود لخصها في عبارته الشهيرة **السلطة توقف السلطة** وهذه الجملة المهمة للغاية، يجب أن توضع في سياقها الصحيح، فهو لم يقصد الفصل التام والمطلق إذ يقول: " أنه كان من الضروري تقسيم السلطة بطريقة متوازية، بحيث لا تصبح الأجهزة مشلولة، ولتفادي ذلك ينبغي السماح لكل الجسم أداء هذا العمل من ناحية، ومن ناحية أخرى الحاجة لتنظيم التعاون بينها من خلال تقنيات السلطة، يعني أن نعطي وسائل دفاع ضد تجاوزات السلطات الأخرى وهو ضروري لاستكمال وتوزيع الصلاحيات".[2]

كما يؤكد على الحاجة إلى تنظيم الإجراءات اللازمة لتعاون الأجهزة، مشددا على ضرورة إعطاء كل هيئة القوة الحقيقية والحرية في اتخاذ القرار والقدرة على المنع؛ وبعبارة

---

[1]-عمار عباس: **العلاقة بين السلطات(في الأنظمة السياسية المعاصرة والنظام الجزائري)**، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 16.

[2]- Zoller Elisabeth: op.cit, p.290.

أخرى أن التوازن بينها يؤمن من خلال حق المنع الذي تملكه كل سلطة تجاه الأخرى والذي عرفه Montesquieu بأنه "الحق بجعل القرار الذي تأخذه أية سلطة أخرى باطلا" ؛ أي وسائل العمل التي من شأنها أن تمنع تنفيذ القرارات الخاطئة، فقد أوضح Montesquieu أنه لا فائدة من فكرة القيد الذاتي للسلطة ولذلك ينبغي أن يكون هذا القيد خارجيا عنها، أي أن تقوم كل سلطة من سلطات الدولة بدور الرقيب على غيرها من السلطات. [1]

ومن الممكن أن نستنتج من ذلك بأن البحث عن توازن يمر عبر توزيع يعادل بين الوظائف، "فإذا لم يكن من حق القوة المنفذة إيقاف مشاريع الهيئة التشريعية، فإن هذه الهيئة ستكون استبدادية". [2]

والواقع أنه بغير ذلك لا تبدو أية فائدة من الأخذ بمبدأ فصل السلطات، فنظرية Montesquieu لا ترمي إلى توزيع الوظائف من الناحية القانونية فقط، بل إلى استقلال كل هيئة في ذاتها، ولتحقيق هذا التوازن والتعاون بين السلطات أكثر ينبغي –حسبه– "تقسيم السلطة ليس فقط بين هذه الأجهزة العليا، ولكن أيضا داخل نفس الوظيفة وزيادة عدد أجهزة الدولة خاصة السلطة التشريعية إلى غرفتين للحد من بعضها البعض وقدرتها على المنع المتبادل وسوف يربط الاثنان بالسلطة التنفيذية، التي بدورها ستكون مرتبطة بالسلطة التشريعية والسلطة القضائية، أما كل هيئة على حده فهذا لا يعني شيئا بالنسبة Montesquieu وهو أمر ضروري لأية هيئة والتي ينبغي أن يوزع عليها بالتساوي أي بصورة متوازنة وتعمل معا حسب الحاجة والمهام المتبادلة بينها، فكل هيئة بمثابة ضابط على غيرها من الهيئات على النحو الذي يمنعها من الاستبداد بالسلطة، وهذا الأسلوب من التنظيم للسلطة هو ضرورة للعيش يخرجها من الجمود والركود وهو الوسيلة الوحيدة للحد من أن تصبح خطرا على الحريات"[3]، وهذا الجزء هو الأكثر تطورا في نظرية Montesquieu.

[1]- Montesquieu: op.cit, p 182.

[2]-نقلا عن لوران دوبيسيه: "**تدرج القواعد وتدرج السلطات**"، ترجمة محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد2، الجزائرية للكتاب، الجزائر، 2007، ص423.

[3]- Jacques Cadart: op.cit, p.303.

وهكذا فإن هذه النظرية ساهمت بشكل كبير في تغيير المفهوم القديم لوظائف الدولة وأصبحت سلطة القاضي على قدم المساواة مع السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية "واعتبرها–حسب الأستاذة Zoller Elisabeth– سلطة مستقلة تماما عن باقي السلطات وهي أهم نقطة حاسمة له للحفاظ على آليات الفصل الفعال للقوى والتي لم يتحدث عنها الفقيه Jean Locke، وهو الذي أنشأ التقسيم الثلاثي لوظائف الدولة الذي يمثل الفكر السياسي الحديث حتى الآن".[(1)]

وهذه النظرية تأثرت بها الذهنيات الفلسفية والسياسية طوال القرن الثامن عشر تأثيرا بالغا فعلى صعيد التنظير تناولها الفقهاء والساسة بالتعليق والتفسير، أما على صعيد التطبيق فقد وجدت أرائه أثرا عظيما لدى المشرع الفرنسي، فقد تضمنه إعلان الحقوق والمواطن الصادر عام 1789، وقد أصبح هذا المبدأ بحق أساسا لوضع الدساتير منذ ذلك الحين وبات ركيزة تعتمد عليها كل الحكومات الحرة ولا يزال حجر الزاوية في دراسات القانون الدستوري.

تأسيسا على هذه الخطوط العريضة التي بلورها Montesquieu، فإن تنظيم السلطة حسب نظريته يشبه بحق تقنيات في العلوم الفيزيائية على حد تعبير الأستاذة Zoller Elisabeth[(2)]، ويمكن تلخيص هذه التقنيات في قاعدتين أساسيتين: قاعدة التخصص الوظيفي وقاعدة الاستقلال العضوي اللتين تحكمتا بشكل واضح في هذا المبدأ، بحيث أجمع الفقه على اعتبار هاتين القاعدتين تشكلان نقطة الارتكاز لتطبيق هذا المبدأ، فما هي مقومات كل قاعدة؟ هذا ما سنحاول تحليله في النقطتين التاليتين:

1–قاعدة الاستقلالية العضوية: بمعنى توزيع وظائف الدولة على عدة أجهزة مستقلة وحسب الفقيه Léon Duguit تتمثل هذه الأجهزة" في الأفراد الذين يتولون ممارسة عنصر محدد من السيادة أو كل السيادة"[(3)] ؛ وهذا يعني أن كل جهاز لا يجب أن يجد سبب وجوده في أي جهاز آخر، فالشعب مثلا ينتخب السلطة التشريعية التي لا تتعلق في وجودها لا بالسلطة القضائية ولا بالسلطة التنفيذية، فكل سلطة تحتفظ باستقلاليتها في أداء وظيفتها

(1)- Zoller Elisabeth: op.cit, p.293.
(2)- Idem, p.292.

(3)- لوران دوبيسيه: المرجع السابق، ص 420.

لمنع أي تأثير يمكن أن يحدث من أية هيئة، لأنه في حالة تحقق مثل هذا التأثير تسقط على إثره الغاية النظرية من تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات.

2-قاعدة التخصص الوظيفي: وهي أن لكل سلطة من السلطات اختصاصا محددا لها فالسلطة التشريعية تشرع والسلطة التنفيذية تنفذ والسلطة القضائية تحكم ويعترض على جمع السلطات بين يدي شخص واحد أو جهاز واحد، ولكن مفهوم التخصص يذهب إلى أبعد من ذلك "إذ أنه يحتم نوعا من التعاون، وقد حددMontesquieu ذلك بقوله: يجب على حق المنع أن يسمح لجهاز ما بالتدخل في وظيفة جهاز آخر".[1]

إن الغاية الأساسية من قاعدة التخصيص هي الحفاظ على إبقاء صلاحية التشريع بيد ممثلي الشعب، لأن هؤلاء الممثلين لا يمكنهم أن يقروا القوانين التي تحد من حريات المواطنين، هذه الغاية تتلازم مع غاية أخرى يمكن اختصارها على حد تعبير الأستاذ إدمون رباط "لمنع الطغيان نتيجة تمركز السلطات في الدولة، فإن تلك القوانين التي يقرها البرلمان تأسيسا على اختصاصه الوظيفي جعلتها تتميز من الناحية المادية عن بقية القواعد القانونية إذ تتخذ عندئذ اسم القانون للدلالة على مصدرها الدستوري الخاص بها على خلاف القواعد القانونية بمادتها الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة، التي لا تكون بالتالي موصوفة بالقانون، بل بالتسمية التي يضيفها عليها مصدرها كالقرار أو المرسوم الصادر عن السلطة التنفيذية فلا تكون من القوانين بمعناها الشكلي، بل تكون من القوانين بمعناها المادي".[2]

هذا التمييز المادي بين هذه القواعد مرده وفق جانب من الفقه "إلى أن كل سلطة من السلطات الثلاث تتمتع بسلطة نوعية ضرورية لإعمال وظيفتها ولذا تسمى باسم تلك السلطة، وهكذا نكون أمام سلطة تشريعية، سلطة تنفيذية وسلطة قضائية".[3]

---

[1] ميشال مياي: **دولة القانون(مقدمة في نقد القانون الدستوري)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص240.

[2]- ادمون رباط:: **الوسيط في القانون الدستوري العام(النظرية القانونية في الدولة وحكمها)**، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1971، ص557-558.

[3]- أمين عاطف صليبا: **دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون**، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2000 ص154.

وعليه، فإن التنسيق بين هاتين القاعدتين يؤدي إلى وجود ثلاث سلطات كل منها تقوم بإحدى وظائف الدولة، وتكون مستقلة عن بعضها البعض بما فيه الكفاية التي يتم توزيع المهارات فيما بينها بطريقة متوازنة، لكنها يجب أيضا أن تكون قادرة على العمل مع بعضها البعض حسب الحاجة والمهام المتبادلة بينها حسب الدستور.

الفرع الثاني: جمود أو مرونة مبدأ الفصل بين السلطات

مما تقدم، يبدو أن سوء فهم روح نظرية الفصل بين السلطات للفقيه Montesquieu أدى إلى وقوع خلاف بين الفقهاء حول حقيقة مفهوم المبدأ، فالبعض في البداية فهمه على أنه يعني الفصل المطلق بين السلطات، إلا أن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين قد فهمت المبدأ على نحو آخر وهو أنه يعني الفصل المرن، وانتقدت الفصل المطلق لأن Montesquieu كان يقصد الفصل المرن، إلا أنه من الواضح أن هذا التفسير المرن لم يتقبله واضعو الدساتير في أواخر القرن الثامن عشر لأن اهتمامهم الأول هو القضاء على الأنظمة الاستبدادية مسلحين بأفكار Montesquieu إلى حد تفسيرها تفسيرا جامدا.

وعليه، سنتطرق في هذا الفرع إلى فكرة الفصل الجامد أو القاطع للمبدأ على حد تعبير الفقيه Maurice Duverger[(1)] (أولا)، وفكرة الفصل المرن أو المخفف ثانيا.

أولا–الفصل الجامد: لقد كان الفصل الجامد الفكرة الأولى التي سادت عقب الثورة الفرنسية مباشرة، فقد فهم رجال تلك الثورة ومن عاصرهم من الفقهاء بأن Montesquieu كان يدعو إلى فصل عضوي بين الوظائف أكثر منه تمييز بين السلطات، وقد أدى ذلك إلى تبني الفصل المطلق بين السلطات أي أن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث يجب أن تباشر اختصاصاتها بشكل مستقل ولا تتدخل في اختصاصات السلطات الأخرى ويترتب على ذلك قيام فصل مطلق بين هذه السلطات وحصر كل سلطة منها في نوع معين من النشاط، لقد اعتقدوا أن الحكومة والبرلمان والقضاء كل منها هيئة لها وظيفة معينة، ومن ثم يجب أن تحدد نفسها بها وتقتصر على مجرد القيام بهذه الوظيفة، فعلى البرلمان أن يشرع

[(1)]- موريس دوفرجيه: **المؤسسات السياسية والقانون الدستوري(الانظمة السياسية الكبرى)**، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1992، ص 125.

القانون وعلى الحكومة أن تقوم بتنفيذه وعلى القضاء أن يحكم في المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ القانون، وكان الغرض من هذا الفصل هو ضمان استقلال البرلمان عن الحكومة. [1]

ولقد استند رجال الثورة الفرنسية في تفسيرهم إلى أن الأمة صاحبة السيادة تملك ثلاث سلطات وكل سلطة تمثل جزءا مستقلا، وعندما تختار الأمة ممثليها فإنها تفوض كلا من هذه السلطات إلى هيئة مستقلة ومتخصصة، فتفوض الأمة إحدى هذه الهيئات في ممارسة السلطة التشريعية والأخرى في ممارسة السلطة التنفيذية والثالثة في ممارسة السلطة القضائية، وهذه الوظائف الثلاث ليست مجرد اختصاصات مختلفة تصدر عن سلطة واحدة ولكنها سلطات مستقلة تعبر كل منها عن جانب من جوانب السيادة وتمارس نشاطا متميزا ومستقلا. [2]

إن تفسير المبدأ على هذا النحو من شأنه أن يؤدي بالضرورة إلى فصل تام بين السلطات وإلى وضع حواجز بينها، ذلك أنه إذا كانت كل سلطة سياسية ستجد أن سبب وجودها هو الوظيفة التي تمارسها، فإنها ستنغلق على نفسها لمجرد أداء هذه الوظيفة وتمنع نفسها من التدخل أو الاعتداء على السلطة المجاورة لها.

لكن هذا التفسير خاطئ ويتجاوز حدود نظرية Montesquieu وهذا ما أشار إليه في معرض حديثه عن العلاقة بين البرلمان والحكومة بقوله: "إن هذه السلطات يجب أن تصل إلى درجة من عدم النشاط أو إلى نوع من الراحة نتيجة حق كل منها في إيقاف الأخرى، ولكن السير الطبيعي للأمور يحتم أن تعمل هذه السلطات وأن تتحرك ولهذا فهي مجبرة على العمل متعاونة مع بعضها ومنسقة جهودها". [3]

إن الإشارة إلى تنسيق الجهود والتعاون يعني أن الفصل بين السلطات ليس جامدا وإنما هو فصل مرن، كما أنه لا نستطيع أن نفصل بين العمل التشريعي والعمل التنفيذي بدقة

[1]- سعاد الشرقاوي: المرجع السابق، ص126.

[2]- حسن مصطفى بحري: المرجع السابق، ص5.

[3]- سعاد الشرقاوي: المرجع السابق، ص 127.

حسابية مهما حاولنا أن نخفي هذا الفصل بقناع من الكلمات على حد تعبير الأستاذ Fisher Louis.[1]

ونقلا عن ذلك، فإن هذا التفسير الجامد يعرقل إنجاز أعمال السلطات، لكن أنصار الفصل الجامد يردون على ذلك بقولهم أن ما نخشاه ليس ضعف السلطة وإنما تعسفها لأن الهدف من هذا الفصل الجامد هو منع الاستبداد وحماية الحرية، غير أنه سرعان ما تبين أن ذلك الفصل المطلق قد أدى إلى الاستبداد والطغيان وقمع الحريات.[2]

وذلك لأن انفراد كل هيئة من الهيئات الثلاث بسلطة دون أن تشاركها فيها هيئة أخرى ودون أن تكون خاضعة لرقابة أو تدخل غيرها من الهيئات يفتح المجال أمام تلك الهيئة للاستبداد لأنها لن تجد أمامها هيئة أخرى تقف في طريقها، أو بتعبير الأستاذ Jacques Cadart، فإن "الفصل الجامد بين السلطات الذي لا يقوم على التوازن يؤدي إلى انهياره".[3]

لهذه الأسباب لم تعمر فكرة الفصل الجامد بين السلطات طويلا لصعوبة تطبيقها وذلك لتعارضها مع وحدة السلطة في الدولة، فالسلطات العامة في الدولة هي في الحقيقة جملة اختصاصات تعود جميعها إلى أصل واحد وبالتالي لا يمكن ممارستها بطريقة استقلالية كل منها عن الأخرى، بل يلزم أن تقوم بين الهيئات التي تمارسها علاقات تعاون وتداخل تنسق بينها وتوجه نشاطها جميعا إلى الهدف المشترك.

هذه النتائج العملية لتطبيقات المبدأ التقليدي للفصل بين السلطات دفعت بعض الدساتير الحديثة، لاسيما الدستور الفرنسي لعام 1958 إلى تغيير جذري في نظرتها للمبدأ من خلال إعادة الاعتبار إلى السلطة القضائية وتفعيل استقلاليتها عن غيرها من السلطات، لهذا أسس الفقه الحديث لمفهوم جديد لمبدأ فصل السلطات أو بالأحرى لإعادة النظر بترجمة أفكار Montesquieu القائمة أساسا على الفصل المخفف الذي يسمح بوجود قدر من الرقابة

[1]- لويس فيشر: **سياسات تقاسم القوى(الكونغرس والسلطة التنفيذية)**، ترجمة مازن حماد، دار الأهلية للنشر والتوزيع، عمان 1994، ص 22.

[2]- سعيد بوالشعير: المرجع السابق، ص 171.

[3]-Jacques Cadart: op. cit ,p 433.

والتعاون بين الهيئات المختصة والمستقلة، وعليه يمكن القول أن بعض الفقهاء قد فهموا فهما خاطئا لمبدأ الفصل بين السلطات كونه فصلا مطلقا وجامدا عكس الفصل المخفف.

ثانيا–الفصل المرن: تقوم فكرة الفصل المرن بين السلطات على أساس أن سلطة الدولة تمثل وحدة لا تتجزأ، إلا أن وظائف الدولة يجب أن توزع على هيئات ثلاث تمارس كل منها وظيفة معينة، فسلطة تمارس الوظيفة التنفيذية وأخرى تمارس الوظيفة التشريعية وثالثة تتولى الوظيفة القضائية، ويتحقق بينها نوع من التعاون لتنفيذ وظائفها في انسجام مع وجود آليات للرقابة المتبادلة بينها لضمان وقوف كل سلطة عند حدودها دون أن تعتدي على سلطة أخرى؛ بمعنى أنه عندما تمارس تلك السلطات الوظائف لا تمارسها باعتبارها سلطات منفصلة يمثل كل منها جانبا من جوانب السيادة، بل باعتبارها مجموعة من الاختصاصات تصدر من سلطة موحدة هي سلطة الدولة، وهذا ما كان يقصده Montesquieu حيث قال"إذا لم يكن للسلطة التنفيذية الحق في أن تقيد أو تكبح تجاوزات الهيئة التشريعية، فإن هذه الأخيرة ستعدو مستبدة لأنه من الممكن أن تدعي لنفسها الحق في أي شيء ترغب فيه وبذلك ستدمر باقي السلطات الأخرى، لذا فإن السلطة التنفيذية يجب أن يكون لها دور في مجال التشريع عن طريق سلطتها في المنع، وبغير هذه السلطة لا تلبث أن تسلب منها امتيازاتها وإذا لم يكن لدى السلطة التشريعية الحق في أن توقف السلطة التنفيذية فإن لها الحق في أن يكون لديها الوسائل والإمكانيات لفحص طريقة تنفيذ القوانين التي تضعها". [(1)]

وهذه الاختصاصات لا يمكن الفصل بينها فصلا مطلقا لأنها جميعها تمارس لأجل تحقيق الصالح العام، لذلك يجب أن يقوم تعاون وتنسيق بين الهيئات التي تباشرها، كما أن هذه الاختصاصات تتداخل مع بعضها البعض لدرجة أنه يصعب الفصل المطلق بينها، فلابد من وجود نوع من المشاركة، فمثلا تشارك السلطة التنفيذية في ممارسة السلطة التشريعية كالمبادرة بتقديم مشاريع قوانين وحل البرلمان الذي يحق له بدوره سحب الثقة من الحكومة.

[(1)]- نقلا عن حازم صادق: المرجع السابق، ص 59.

وبناء عليه، يجب أن تكون هناك درجة معينة من المشاركة في ممارستها بين السلطات العامة المختلفة، والواقع أن هذا الفصل لا يقوم فقط على توزيع الوظيفة بين عدة هيئات، بل يتجاوز ذلك إلى تنظيم العلاقة بين تلك السلطات على نحو معين بحيث تستطيع كل سلطة أن تتحمل بالاختصاصات والوظائف الموكلة إليها.[1]

وبذلك يكون مدلول مبدأ الفصل بين السلطات هو الفصل المتوازن مع إيجاد نوع من التعاون فيما بينها لتنفيذ وظائفها وأيضا وجود نوع من الرقابة المتبادلة بينهم، لضمان عدم اعتداء أي سلطة منهما على السلطة الأخرى.

لقد بدأت الأنظمة السياسية المعاصرة تتبنى التفسير الصحيح لهذا المبدأ كما قرره Montesquieu وهو "الفصل المشرب بروح التعاون ولهذا قيل أنه في الديمقراطية الغربية لا يعد مبدأ قانونيا بالمعنى الصحيح وإنما يعد مبدأ أو قاعدة من قواعد فن السياسة الحكيمة"[2]، يمكن تفسيرها كالآتي: أن مبدأ الفصل بين السلطات يشكل الأرضية الصلبة لدولة المؤسسات، حيث يشكل القانون وحده الضابط الأول للتصرف ضمن الصلاحيات الموزعة والمحددة قانونا وبذلك سير مختلف المؤسسات سيرا متوازنا ومنتجا[3]، فيؤدي ذلك إلى تحقيق حريات الأفراد وضمان حقوقهم واحترام القانون فهذا يتفق وحكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات التي هي تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات وتوفير الحيدة لكل منها في مجال اختصاصها.

المطلب الثاني:
موقف الفقه من نظرية مونتيسكيو

كان لأفكار Montesquieu أثرها الواضح وانتقل إلى الميدان التطبيقي على إثر الثورتين الأمريكية والفرنسية وأخذت به أغلب دساتير العالم وأصبح بذلك أحد أهم ضمانات دولة القانون، وكما سبقت الإشارة لم يعد يعني مبدأ الفصل بين السلطات في صورته القانونية الحديثة الفصل المطلق بين السلطات كما فهم في تطبيقاته الأولى إذ تحكمه حاليا

(1)- حازم صادق: المرجع السابق، ص32.

(2)- عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 238.

(3)- عمار عباس: المرجع السابق، ص 22.

فكرة النسبية، فلا يوجد فصل مطلق ولا استقلال مطلق لأية سلطة، هذا الفارق بين المبدأ كنظرية وبين عمل السلطات في التطبيقات أدى بالبعض إلى تفسيره بشكل خاطئ وبالتالي عجزه أمام ضرورات الممارسة السياسية، فتعددت الانتقادات لكن مع بقاء فريق مساند للمبدأ، وعليه سنتطرق في هذا المطلب لأهم الانتقادات والعيوب التي سجلها بعض من الفقهاء الرافضين لهذا المبدأ في الفرع الأول، ثم الحجج والأسانيد التي اعتمد عليها مؤيدو هذا المبدأ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الرأي المعارض للمبدأ

إن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بصورته التقليدية أوجد خللا في الغاية التي من أجلها وجد والهادف كما ذكرنا سلفا إلى استبعاد هيمنة أي سلطة على نظيرتها في النظام القانوني ولتحد من سلطة الحكام وتحقيق الحرية، مما جعله عرضة لانتقادات مختلفة، حتى أنه لكل منتقد منطلقاته الخاصة به:

لهذا انطلق بعض فقهاء القانون الدستوري أمثال الفقيه الفرنسيMichel Miaille من مقولة أن الفقيه Montesquieu لم يكن موضوعيا في طرحه، حيث يتكلم عن الحرية السياسية والديمقراطية ولكن بشكل خاص، بحيث يبدو جليا تفضيله لطبقة النبلاء ويهدف إلى ضمان سيطرة النبلاء على الحكم لأنها طبقة مميزة بولادتها وأنهم لو اختلطوا بعامة الشعب لأصبحوا أسرى هذه الحرية السياسية وهذا تناقض مفاده تفضيل مصالح طبقة النبلاء على حساب طبقة أخرى.[1]

كما أن Michel Miaille ينتقد المبدأ انطلاقا من مقولة أن المبدأ غير عملي ويستحيل تصوره على الصعيد القانوني، فلم يطبق أي نظام ليبرالي الفصل بين السلطات بشكل دقيق لأنه يستعمل فصل السلطات كتقنية لتسجيل الانشقاقات والمحافظة على إعادة إنتاج الدولة البرجوازية، Montesquieu إذن لم يدرس النظام الإنجليزي الحقيقي ولكن الدستور الإنجليزي النظري، كما أنه من المستحيل تحقيق التساوي بين جميع السلطات حسب الأستاذ Miaille إذ يقول: "في بعض الحالات تسيطر الجمعية أو الجمعيات على الحكومة، وفي حالات

[1]- ميشال مياي: المرجع السابق، ص 243.

أخرى تملك الحكومات سلطات مهمة وتستطيع أن تفرض نفسها على الجمعية، كما أن العلاقات بين الحكومة والسلك القضائي أو الإداري تخضع لتبدل الظروف"، لهذا يرى الأستاذ Miaille أن مبدأ الفصل بين السلطات كما فهمه Montesquieu غير قابل للتحقيق لأنه ركز على وجوب تسليم كل وظيفة مادية من وظائف الدولة بكاملها لسلطة مستقلة وتعمل بحرية وحتى بسيادة في دائرة اختصاص خاص بها وتشكل عضويا سلطة مساوية للسلطتين الأخريين تتضمن تقسيما للسلطات قد يشل قوة الدولة ويؤدي إلى تفتيت وحدتها وتعطيل أعمالها. [1]

كما أن الفقيه Carré De Malberg يرى أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس فقط عاجز عن إثارة النتيجة المرجوة، وإنما هو ينتج بالضرورة النتيجة المعاكسة لأن الوظائف القانونية متسلسلة بحيث أنه إذا خصصت الأجهزة، فإن تسلسل الوظائف سيجر إلى تسلسل الأجهزة، إلا أنه من المستبعد أن نكون قادرين على إحداث توازن بين السلطات المتخصصة، لهذا فإنه من الخطأ الادعاء بأنه من الممكن بهذا تحقيق توازن أو الزعم بأن النشاط الذي يكمن في سن القوانين يمكن أن يكون مساويا للنشاط الذي يكمن في تنفيذها، فلم يعد المبدأ كابحا فعالا لتجاوزات السلطة خاصة السلطة التنفيذية، حيث يؤسس الفقيه De Malberg نقده للمساواة بين السلطات على أساس أن وحدة الدولة هي التي ستفسد من جراء نظرية الفصل بين السلطات كما توقعها Montesquieu إذ الفصل بين السلطات يستوجب وجود مفهوم يقوم على المساواة بين وظائف الدولة والسلطات التي تجسدها.[2]

كما أن البعض الآخر من الفقهاء أمثال الفقيه Maurice Duverger وجه انتقادا لهذه النظرية من زاوية أخرى، وهو أن فصل السلطات الكلاسيكي ما بين سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية قد حل محله مبدأ جديد ينطلق من نظام الأحزاب في الدولة يختصر مبدأ الفصل بين سلطتين: سلطة الأكثرية وسلطة المعارضة، إذ أن الأولى تتمتع بسلطتي التشريع والتنفيذ والثانية تتمتع بسلطة الرقابة، طالما أن الأحزاب الفائزة في الانتخابات هي من سيشكل الحكومة فما فائدة المناداة بفصل السلطات والواقع يحتم التعاون بينها، ففصل السلطات

[1]-ميشال مياي: المرجع السابق، ص 103.

[2]- لوران دوبيسيه: المرجع السابق، ص 419- 421.

الحقيقي –حسبه– لم يعد بين البرلمان والحكومة ولكن بين الحزب الفائز الذي يهيمن على البرلمان ويمسك بالحكومة وحزب المعارضة الذي يمارس المراقبة.[1]

فإذا كان لا يوجد سوى حزب واحد يشغل أفراده في وقت واحد سلطتي التشريع والتنفيذ عندها يكون الفصل القانوني الذي اعتمده الدستور مجرد وهم، أما إذا كان هناك حزبان أو تعدد أحزاب عندها يمكن القول بوجود توازن ما بين حزب الأكثرية القابض على السلطة وحزب الأقلية المعارض، وهذا ما عبر عنه البعض الآخر من الفقه بقوله" إن التطبيق العملي لمبدأ الفصل بين السلطات في يومنا هذا يبدو قائما على التمييز بين سلطة الفعل وسلطة المراقبة".[2]

لهذا لم يتردد البعض خاصة الأستاذ بيار كوت بوصف مبدأ الفصل الوظيفي الكلاسيكي بأنه مبدأ وهمي، فقد أهميته في الوقت الحاضر ولا يمكن أن يكون موضع ثقة لأن بداية ظهوره كانت تستند إلى اعتبارات تاريخية وهي استبداد السلطات المطلقة للملوك وبعد انتقال تلك السلطات إلى الشعب عبر التطور الدستوري لم يعد المبدأ ضروري ويمكن أن يكون ضار بوحدة سلطة الشعب".[3]

كما أن البعض الآخر من الفقهاء انطلق من مقولة السيادة ليقول بأن مبدأ فصل السلطات يتناقض مع المبدأ الدستوري الحديث القائل بعدم تجزئة السيادة ولا يمكن أن توجد في الدولة سلطة سوى سلطة الشعب وما عداها فهي هيئات تزاول اختصاصاتها في خدمة الشعب، لهذا لا يمكن أن تتجسد هذه السيادة بسلطة من هذه السلطات وبذلك ينتفي وجود هذا المبدأ، لهذا يقول الفقيه Miaille "رغم طبيعة السلطة المعقدة، فإنها واحدة ودائمة غير قابلة للتقسيم أبدا، فلا يمكن الخلط بين فكرة الوظائف القانونية للدولة ونظرية الفصل بين السلطات التي تعني توزيع السلطة على أساس التقسيم التقليدي لوظائف الدولة الثلاث التشريع، التنفيذ والقضاء".[4]

---

[1]- موريس دوفرجيه: المرجع السابق، ص 132.

[2]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص166.

[3]- Jacques Cadart: op.cit, p. 308.

[4]- ميشال مياي: المرجع السابق، ص 239.

غير أن نتيجة الحركة الدستورية في تاريخ الدول الغربية والصراع الذي قام بين شعوبها لاسيما خلال الثورة الفرنسية وفي ظل غياب تصور وفكرة حقيقية للوظيفة، اختلطت هذه المفاهيم القانونية اختلاطا جعل علماء القانون الدستوري يتحدثون عن سلطات الدولة بدلا من وظائفها وهذا التعبير أصبح شائعا في القانون الدستوري إذ استخدمت كلمة السلطة للإشارة إلى اختصاص كل جهاز أو هيئة وسرعان ما تم استخدام كلمة سلطة للدلالة على هيئة أكثر من مجرد وظيفة، والأصح هو أن الفصل إنما يتناول وظائف الدولة وليس السلطات فلا يقال سلطات الدولة، بل وظائفها لأن السلطة كما سبقت الاشارة إليه هي سلطان الدولة المتصفة بوحدتها.[1]

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للمبدأ

إن الفشل الذي صاحب مبدأ الفصل بين السلطات بفعل الانتقادات التي وجهت إليه مردها في الحقيقة الفهم الخاطئ للمبدأ كما أرساه الفقيه Montesquieu لأنه لم يقصد بهذا المبدأ الفصل المطلق وإنما قصد الفصل المخفف بمعنى الوظائف القانونية للدولة متكاملة ومتداخلة بما يتطلب تعاونا بين السلطات حتى تتمكن الدولة من أداء مهامها، فالمقصود بالفصل عنده هو الاستقلال والتساوي في ممارسة الاختصاص المحدد بالدستور، كما أنه لا مانع من قيام رقابة على الهيئات وعليه تلك الانتقادات التي وجهت إلى مبدأ الفصل بين السلطات تكون لها قيمة لو أننا أخذنا بالفصل المطلق أما وقد أقر التعاون، فإن هذه الانتقادات تصبح فاقدة لقيمتها.

وبالتالي هذا لا يحول مبدأ الفصل بين السلطات إلى وهم لأن Montesquieu كان أكثر وضوحا، فالهيئة التشريعية تتألف من قسمين يقيد الأول منها الآخر من خلال قدرته على المنع، كما أن هذين الجهازين مرتبطان بالقوة المنفذة التي ستكون هي نفسها مرتبطة بالقوة التشريعية، لقد أسند بالتأكيد كل وظيفة من وظائف الدولة إلى جهاز متميز، فهو لم يقصد أبدا وجود تقسيم سلطات الدولة وإنما توقع بالأحرى تعاونها وبتأسيس تحليله على التجربة البريطانية ذكر بأن البرلمان يمارس على السلطة التنفيذية رقابة دائمة، فليس هناك

[1]- ادمون رباط: المرجع السابق، ص 557.

أبدا في أي مكان من مؤلفه ذكر لمبدأ يقول بأن الأجهزة التي تتولى وظائف الدولة ستتولاها بطريقة مستقلة، بل إن فصل السلطات ينبثق من توزيع لمختلف الوظائف بين أجهزة عدة لا عن تقسيم للسيادة بين عناصر عدة، وهذا هو الفصل النسبي الذي يستند في الحقيقة على أفكار Montesquieu لأنه كان متيقنا أنه مهما كانت شدة هذا الفصل، فإن هذه السلطات مضطرة للتعاون والتضامن في الاختصاصات وبدرجة متفاوتة من نظام لآخر، دون أن يصل ذلك إلى حد إلغاء الفواصل، لأن الفصل المطلق بين السلطات قد أدى إلى نتائج عكسية، حيث زادت صور الاستبداد عند انفراد كل هيئة بسلطة دون أن تشاركها فيها هيئة أخرى مما يفتح المجال أمام تلك الهيئة للاستبداد بالحكم لأنها لن تجد أمامها هيئة أخرى توقفها.[1]

كما أن Montesquieu يعترف صراحة باللامساواة بين وظائف الدولة ويضع بالتأكيد القوة التشريعية فوق القوة المنفذة التي نستنتج منها ضرورة وجود لا مساواة معاكسة في وسائل العمل بين الأجهزة من أجل إعادة التوازن بينها، فإذا كان من الواجب أن يكون لدى القوة المنفذة القدرة على إيقاف مشاريع الهيئة التشريعية، فإن العكس ليس مستحبا برأي Montesquieu، بحيث يجب ألا يكون لدى القوة التشريعية بالمقابل الحق بإيقاف القوة المنفذة، يبدو إذن أن Montesquieu قام بتمييز أساسي بين الوظائف والأجهزة في حين أن الفقيه Carré De Malberg أقام بين الاثنين اتصالا آليا.[2]

كما أن المدافعين عن هذا المبدأ أمثال الكاتبFisher Louis يردون على الانتقاد القائل بأن هذا المبدأ لم يعد تصوره لظهور معيار الأحزاب، بأن هذا المبدأ لا يكمن في من يمارس الحكم، بل بتخصص الوظائف في حد ذاتها وبالتالي حتى لو كان حزب واحد فقط يشكل الحكومة، فإنه يخضع في ممارسته الحكومية لهذا المبدأ من حيث التخصص الوظيفي.[3]

وبالفعل اقتنع قسم كبير من الفقه بأن نظرية الفصل بين السلطات ناتجة عن فهم خاطئ لأفكار الفقيه Montesquieu ومن ثم اتجهوا إلى تصحيح هذا الخطأ التاريخي

[1]- حازم صادق: المرجع السابق، ص 26.

[2]- لوران دوبيسه: المرجع السابق، ص419-424.

[3]- لويس فيشر: المرجع السابق، ص14.

لتخفيف حدته بالقول بنظرية الفصل بين الوظائف أي أن الفصل لم يكن يتعلق بداخل سلطة الدولة وإنما بتمييز وتوزيع بين عدة هيئات ممارسة وظائف مختلفة تتعاون فيما بينها، فالأمر ينصب على فكرة الوظيفة وليس فكرة السلطة نفسها وأن الفهم الخاطئ والشائع للفصل بين السلطات قد أدى إلى صب كل المستوى الوظيفي للحياة السياسية في الدولة في هذا القالب الضيق المتمثل في الهيئات التشريعية، التنفيذية والقضائية وهذا أمر صعب تحقيقه.

لهذا يقول الدكتور أمين شريط: "إن غالبية الكتاب ركزوا على المظهر الوظيفي أما الفقيه Montesquieu فركز على المظهر العضوي فهو لم يعدد السلطات في الدولة إذ عندما يتكلم عن الوظيفة يستعمل مصطلح السلطة pouvoir وعندما يتكلم عن الهيئة يستعمل مصطلح puissance".[(1)]

مما يجعل فكرة السلطة تعني عنده الوظيفة أساسا، لكنه يعترض على جمع مختلف الوظائف في يد واحدة، فما يميزه عن غيره هو اقتناعه العميق بضرورة تعدد الهيئات أو الأجهزة الممارسة لتلك الوظائف، دون أن تحولها إلى سلطة حيث يقيد بعضها البعض أي تعدد في الوظائف والهيئات ولكن وحدة السلطة، لكن هذا النقد غير كاف لغياب فكرة واضحة للوظيفة وغياب مقترب وظيفي عام، كما لا تكفي مراجعة المصطلحات للتخلص من التناقض دون وضع نظرية وظيفية.[(2)]

هذا ما توصل إليه الكاتبFisher Louis الذي لاحظ أن مبدأ الفصل بين السلطات لم يحترم لا بالشكل ولا بالغاية اللتين من أجلهما استنبطه الفقيه Montesquieu ولم يفهم فهما صحيحا، إذ لم ينجح أحد في تعريف الحدود بين السلطات ويرجع السبب في نظره إلى أنها لم يوضع في سياقه التاريخي الصحيح ويقترح تعريفا آخر لتفادي الانتقادات الموجهة له حيث يقول: "هناك مبدآن لا يمكن التوفيق بينهما ومكملان لبعضهما البعض وهما فصل السلطات ونظام الرقابة والتوازن، فالأجدر بنا أن نستعمل مصطلح أكثر دقة ورفعة وهو تقاسم السلطات، فكل فرع يقتسم السلطات مع فرع آخر، فهو الأقرب إلى النظرية والحقيقة الدستورية، فالمؤسسة لا تستطيع أن تراقب ما لم يكن لديها قسط من الاستقلالية ولا يمكن أن

[(1)]- لمين شريط: المرجع السابق، ص 19.

[(2)]- Gérard Bergeron: **Fonctionnement De l'état**, Armand Colin ,Paris, 1965,2 éd p.144.

تحتفظ باستقلالها دون سلطة المراقبة، وهو ما دعا إليه هاملتون إذ يقول إن المعنى الحقيقي للفصل الكامل للسلطات ينسجم كليا مع مبدأ التخالط الجزئي وأن تداخل السلطة ليس فقط ملائما وإنما هو ضرورة لأغراض الدفاع المشترك لأعضاء الحكومة".[1]

ولقد أصبح الدارسون اليوم يميلون إلى التأكيد على اقتسام السلطات أكثر من التأكيد على الفصل بينهما.[2]

من هنا يستنتج أن المعنى الحقيقي لمبدأ الفصل السلطات والذي يستند حقيقة إلى أفكار الفقيه Montesquieu هو الفصل المخفف القائم على التعاون والتوازن والرقابة بين السلطات مع احتفاظ كل سلطة باستقلاليتها في أداء وظيفتها، مما يجعله سياجا حقيقيا لحماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة، وأصبح بهذا المنطق المبدأ الضروري الذي يكفل نجاح العملية السياسية ويمكن تطبيقه بمرونة، وهو ما انتهت إليه الحاجة الآن وأمام هذه الحقيقة، فإن أوجه النقد المقدمة تفقد كل قيمة لها ويبقى المبدأ قائما بمعناه الصحيح ويعد أحد أهم ضمانات تجسيد دولة القانون.

لكن مشكلة التفسير الكلاسيكي للمبدأ ليس لأنه تكلم عن السلطات أو أنه اعتبرها منفصلة بل لأنه وضعها في قوالب ضيقة لاحتواء كل العمليات والمستويات الوظيفية للحياة السياسية التشريعية، التنفيذية والقضائية؛ بمعنى كانت السلطات محكومة بهرمية تتربع على رأسها السلطة التشريعية[3]؛ أي أننا أمام فصل بين السلطات عمودي سقفه نص القانون مع تغييب كلي للنص الدستوري لأن القانون له من القوة ما يؤهله للتدخل في كافة المجالات، لكن عدم الاحتكام إلى الدستور أوجد خللا في الغاية التي من أجلها وجد مبدأ فصل السلطات، لهذا توافق الفقه الحديث على ضرورة استبعاد التطبيق الجامد لمبدأ فصل السلطات، واعتماد مفهوم جديد للمبدأ يقوم على وصفه بأنه فصل أفقي لا يمكن من خلاله أن تدعي أية سلطة بتفوقها على غيرها حتى السلطة التشريعية، وبتعبير جانب من الفقه" فإنه من خلال هذه الآلية الدستورية لتوزيع السلطات، يمكن أن يخلق فيما بينها توازنا

[1]- لويس فيشر: المرجع السابق، ص 14.

[2]- Zoller Elisabeth: op.cit, p.286.
[3]- Gérard Bergeron: op.cit, p.147.

وتساويا فتراقب الواحدة الأخرى، وبذلك لا يعود جائزا التفكير بانتهاك الدستور إذ يحتم ذلك اتباع آلية متوازنة في التشريع تخضع للمبادئ الدستورية.[1]

المبحث الثاني:
مفهوم الوظيفة القضائية ومعايير تمييزها

من نتائج مبدأ فصل السلطات التخصص في الوظائف؛ أي أن كل سلطة يجب أن تبقى متخصصة في وظيفتها، ويترتب على ذلك أن وظيفة التشريع يجب أن توكل للسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية تختص بمهام الإدارة ووظيفة اصدار الأحكام تضطلع بها السلطة القضائية، هذا التخصص في الوظائف نشأ عن مبدأ سيادة استقلال كل هيئة اتجاه الأخرى ومنها استقلالية السلطة القضائية في وظيفتها.

إلا أن مقتضيات العمل في معظم الدول حالت دون أن يتطابق التقسيم العضوي والتقسيم الوظيفي، بل تتداخل الاختصاصات بينها، فقد تقوم السلطة التشريعية بأعمال هي من اختصاص السلطة التنفيذية كما تقوم هذه الأخيرة بأعمال هي أصلا من اختصاص السلطة القضائية، هذا التداخل في الاختصاصات من شأنه أن يضعف من أهمية توزيع الاختصاصات بينها، الأمر الذي يثير صعوبة خاصة في التفرقة بين العمل القضائي والعمل الإداري، وقد اتجهت الدراسات الفقهية إلى تحليل الطبيعة القانونية لوظائف الدولة ومحاولة بناء نظرية للعمل القضائي يتم على أساسها تحديد مدلول الوظيفة القضائية وتمييزها عن الوظيفة التنفيذية، لأن هذا الأمر يرتب نتائج قانونية هامة مؤثرة على النظام الدستوري للدولة، وإذا كان الأمر كذلك، فعلى العكس تماما فيما يتعلق بالتمييز بين العمل القضائي والتشريعي نظرا لوضوح مجال فكرة الوظيفة القضائية بالنسبة للوظيفة التشريعية.

وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم الوظيفة القضائية في مطلب أول، وصولا للمعايير الفقهية المميزة للوظيفة القضائية عن الوظيفة التنفيذية في المطلب الثاني.

---

[1]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص163-164.

المطلب الأول:
مفهوم الوظيفة القضائية

إن ما استقر عليه العمل عند التعريف بأي موضوع وبيان حقيقته البدء بتحديد معاني المفاهيم والمصطلحات التي يتركب منها، ولهذا سوف نتطرق إلى تحديد مفهوم الوظيفة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها في الفرع الأول، ثم تعريف القضاء لغة واصطلاحا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الوظيفة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها

يتناول هذا الفرع توضيح مفهوم السلطة باعتبارها الهيئة القائمة بهذه الوظيفة (أولا) ثم تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها(ثانيا).

أولا–مفهوم السلطة: استعملت كلمة السلطة أولا في فرنسا ثم عدلت سنة 1870 إلى كلمة اختصاصات وكل هيئة من هذه الهيئات تزاول اختصاصات وليست سلطة.[1]

ويلاحظ أن الفقهاء اختلفوا بخصوص الشروط التي يتعين توافرها من أجل أن يوصف القضاء بالمعنى الدستوري سلطة مثلا الفقيه Charles Eisenmann اشترط شرطان:

1–أن تكون قراراته حرة ولا يقصد بذلك أن تكون قراراته ذات سيادة، بل يكفي أن يتضمن نشاطه قدرا من الحرية من حيث تقدير الوقائع وعلى مستوى خلق قواعد القانون في حالة غياب النصوص التشريعية أو نقصها أو غموضها؛

2–أن يكون لقراراته مدى جماعي، فالقرارات ذات الأثر الفردي أو المتعلقة بحالة خاصة ليس لها طابع سياسي، وانتهى Eisenmann إلى القول بأن الشروط الضرورية لاعتبار نشاط معين سلطة سياسية متوفر في القضاء بصفة عامة أو على الأقل في عدد معتبر من الدول؛

أما الفقيه Benoit francis- Paul اشترط شرطين هما:

1–أن تزود ببناء دستوري، بمعنى أن يعين أعضاؤها وفق اجراءات دستورية؛

[1]- محمد عصفور: **استقلال السلطة القضائية**، مطبعة أطلس، القاهرة، 1969، ص 05.

2-أن يخول لها دور دستوري، بمعنى أن تكلف بمهام سياسية.(1)

و"يقول الفقيه Georges Vedel لا يمكن الحديث عن سلطة قضائية إلا بتوافر شرطين هما: 1- تشكيل محاكم؛

2-أن يكون لها الحق في الرقابة والقرارات الإدارية".(2)

لكن الإشكال يظهر في الجانب الاصطلاحي، ففي القانون الدستوري يمكن النظر إلى السلطة ومصدرها أجنبي لاتيني (potestas) من خلال وجهتي نظر وظيفية وعضوية:

- من وجهة النظر الوظيفية: السلطة هي القدرة أو الإمكانية في اتخاذ قرار تنفيذي وبمعنى ضيق جدا، السلطة هي وظيفة اجتماعية للدولة وفي هذا الشأن يجري التمييز بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية؛

-ومن وجهة النظر العضوية: تشير السلطة إلى العضو الذي يتولى الوظيفة الاجتماعية المطابقة له، وفي هذا الشأن يمكن القول أن الوظيفة التشريعية يمارسها البرلمان الذي يقبض على السلطة التشريعية، والوظيفة التنفيذية تمارسها الحكومة التي تقبض على السلطة التنفيذية والوظيفة القضائية تمارسها المحاكم التي تقبض على السلطة القضائية.(3)

وبذلك فإنها "سلطة التنبؤ والدفع والقرار والتنسيق التي تتمتع بها مؤسسات الدولة لقيادة البلاد".[4]

واستخدمت كلمة السلطة للإشارة إلى اختصاص كل جهاز أو هيئة، لكن سرعان ما تم استخدام مصطلح السلطة للدلالة على هيئة أكثر من مجرد وظيفة.[5]

---

(1)- بوبشير محند أمقران: المرجع السابق، ص 09.

(2)- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 12.

(3)- للمزيد أنظر:- أحمد سعيفان: **قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية(عربي ,إنجليزي، فرنسي)**، مكتبة ناشرون، بيروت، ص 203-204.

-Michel De Villiers: **Dictionnaire De Droit Constitutionnel**,2éme édition, Dalloz, Paris, ,1999,p.12.

(4)- سعيد بوشعير: المرجع السابق، ص 168.

(5)- Jacques Cadart: op.cit, p.313.

إن استعمال تعبير هيئة قضائية l'Autorité judiciaire يرمي إلى التأكيد على أن القضاة لا يشكلون في الدولة سلطة بنفس درجة السلطتين التنفيذية والتشريعية، وقد نتج هذا في فرنسا من التخوف من نظام البرلمانات الذي سبق الثورة الفرنسية، مما رتب عدم تخويل جزء من الوظيفة القضائية المتمثلة في الفصل في المنازعة الإدارية لأجهزة مستقلة تماما عن السلطة التنفيذية، وليس من شك في أن اخراج جزء كبير وخطير من المنازعات وهي المنازعات الإدارية، يضعف كثيرا من اعتبار القضاء سلطة إذ المفروض أن تتسع سلطة القضاء إلى كل المنازعات[1] .

وعليه فإن بعض الدساتير التي تعاقبت في فرنسا، اختلفت في موقفها من القضاء، فبعضها اعتبرت القضاء سلطة بمعنى Pouvoirكدساتير سنوات1791 -1793 -1795 -1946 بحيث تكون منتخبة من الشعب مثل باقي السلطات، إلا أن هذا الأمر لم يكن الغرض منه تعزيز السلطة القضائية، بقدر ما كان القصد من ذلك منع القضاة من التدخل في الشأنين الإداري والتشريعي بعدما تمادوا إبان الحكم الملكي.[2]

في حين أن دستور سنة 1958 في الفصل الثامن كرس القضاء كسلطة بمعنى Autorité وليس بمعنى Pouvoir، والمادة 64 جعلت من رئيس الجمهورية أي رئيس السلطة التنفيذية الضامن لاستقلالية القضاء بوصفه Autorité وقد أبقت التعديلات الدستورية الأخيرة في 23 جويلية 2008 على هذا الواقع، لكن ماذا يعني الدستور بقوله رئيس الجمهورية الضامن لاستقلالية الهيئة القضائية، إن تفسير عبارة الضامن لاستقلالية الهيئة القضائية تحتمل العديد من التفسيرات فيمكن أن يؤدي بنا الأمر إلى قاضي أعلى ومؤثر يكون في قمة الهرم القضائي، "ومن ثم القانون الفرنسي ينظر إلى العدالة على أنها مرفق عام وبالنتيجة كذلك فهي إدارة تصنف عند تدريسها ضمن القانون الإداري".[3]

[1]- بوبشير محند أمقران: المرجع السابق، ص 17.

[2]- للمزيد أنظر:- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 19.

-إسمن: **أصول الحقوق الدستورية**، ترجمة عادل زعيتر، المطبعة العصرية، دون تاريخ نشر، ص 268.

[3]- Zoller Elisabeth: op. cit, p.394.

ويقول بعض الباحثين أن واضعي دستور 1958 رفضوا الاعتراف بالقضاء كسلطة ثالثة لسببين:

1-الخوف من تحول الجسم القضائي إلى جسم نقابي؛

2-ما قد يعززه هذا الواقع من اختلاط بين سلطة دستورية وسلطة سياسية. [1]

إلا أن الأستاذ Prélot Marcel لا يرى في هذه التسمية Autorité إنكارا لصفة السلطة عن القضاء، وإنما يرى أن هذه التسمية مستوحاة من القانون الإداري وناتجة عن الوضع الذي حدد للقضاء سنة 1870 والذي أعلن مبدأ الفصل بين الهيئتين الإدارية والقضائية، فعلى الرغم من أن الدساتير الفرنسية تحبذ مبدأ الفصل بين السلطات وتعتبر القضاء واحدا من هذه السلطات، إلا أنها اختارت النظام الإداري لا النظام القضائي الذي تتطلبه نظرية Montesquieu ومع تمتع القضاء بتنظيم خاص مستقل في علاقته بالإدارة إلا أنه يشغل مركز ثان في الدولة، والحقيقة أنه منذ اللحظة التي قامت السلطة التنفيذية بتعيين القضاة لم تعد هناك سلطة قضائية، لكن معظم الفقه الفرنسي يجنح إلى اعتبار هذا اللفظ Autorité مظهرا للعدول عن وصف القضاء بأنه سلطة pouvoir إلا أن البعض لم ير في استخدام هذا التعبير سوى مجاراة من جانب المشرع الدستوري أو استعارة لتعبير من تعبيرات القانون الإداري.[2]

كما أن فاعلية عمل القضاء كسلطة بمعنى Autorité لم يكن من شأنها عرقلة تأمين العدالة، إذ يقف القضاء كحارس للحريات الفردية وبصورة خاصة في وجه السلطة التنفيذية، ويكون الدستور قد عمل على تأكيد استقلال القضاء الذي لا يتحقق فقط باستقلال وحماية القضاة، بل باستقلالية وحماية اختصاصهم، ولكن مهما كان هذا الجدل صائبا فإنه لا يجوز أن يؤخذ أو يفسر بالأوضاع الفرنسية على أنها اتجاه يعم النظم الدستورية.[3]

[1]- نبيل شديد الفاضل رعد: **استقلالية القضاء**، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2003، ص 28.

[2]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 19-20.

[3]- نبيل شديد الفاضل رعد: المرجع السابق، ص 45.

ثانيا-تمييز السلطة عن المصطلحات المشابهة لها: هذا الخلاف الشكلي حول استخدام لفظ وظيفة أو هيئة أو سلطة حتى وإن أعطى كل لفظ منها معنى خاص، فلقد أوضح الفقيه André Hauriou أن مشكلة وظائف الدولة وكذلك مشكلة التنظيم القانوني لحياتها ليستا سوى مشكلة واحدة، ذلك أن حياة الدولة لاتهم الفقيه إلا من حيث قيامها بوظائفها واستخدام لفظ وظيفة لا ينفي بذاته عن الموصوف طبيعته كسلطة، فلقد استخدم التعبير بالنسبة لسلطات الدولة كافة تشريعية، تنفيذية وقضائية، وإنما هو مجرد تعبير فني يريد به الفقهاء منع تداخل الأوصاف تبعا لطبيعة النشاط موضوع الوصف، وهذا هو السبب في حرص لأجله الفقيه Hauriou André مثلا على التمييز بين ثلاث تعبيرات تطلق على أنشطة الدولة وأجهزتها وهي:-الوظيفة (fonction)، الهيئة (autorité)، السلطات (pouvoirs).

1-فوظائف الدولة: تعني طبيعة النشاط نفسه وتتكون الأنشطة إما من وظيفة تحقيق العدالة أو وضع القانون أو الحكم أو الإدارة، إذا الوظيفة هي الهدف النهائي المشترك لمجموعة من الأعمال، أو بالمعنى التقليدي: هي مجموع الأعمال التي تقوم بها السلطات.(1)

2-الهيئة أو المؤسسة الدستورية: هي ذلك العون العمومي المنشأ بالدستور لممارسة تلك الوظائف.(2)

3-السلطات: هي سلطات إرادة على أساسها تمارس الهيئات وظائفها، وهذا المعنى قريب من رأي الفقيه Carré De Malberg الذي يوضح أن وظائف الدولة أو أنشطتها نجد مجال دراستها في العلوم القانونية، في حين أن مهام الدولة واختصاصاتها مجالها العلوم السياسية، فلا يجب الخلط بينهما، فوظائف الدولة هي أنشطة الدولة المتنوعة بوصفها المكونة لمظاهر التعبير المختلفة ووسائل الممارسة المتنوعة لسلطة الدولة فهي تنحصر في معرفة أي التصرفات تحقق بها الدولة مهامها المختلفة ثم التحليل القانوني لهذه التصرفات

(1)- Gérard Bergeron: op. cit, p144.

(2)- سعيد بوشعير: المرجع السابق، ص 168.

والتمييز بينها وتصنيفها[1]، ولقد جرت العادة على تقسيم نشاط الدولة إلى ثلاثة فروع هي: التشريع والإدارة والقضاء.

4-أما مصطلح الاختصاص(compétence): فانقسم الفقه بشأنه الى اتجاهين حيث ذهب فريق إلى أن الاختصاص "لفظ عام يقصد به الخصومات والمنازعات التي ترفع للمحاكم للفصل فيها".[2]

وذهب الفريق الآخر إلى أن الاختصاص معناه "السلطة المعترف لها بولاية قانونية للقيام بهذا العمل".[3]

ويبدو أن الجمع بين هذين التعريفين هو الذي يكون السلطة القضائية باعتبارها سلطة مستقلة عن بقية السلطات العامة في الدولة.

5-أما مصطلح المرفق: فيقصد به الجهاز الذي يقوم على خدمة الشعب.[4]

ويبدو أن استخدام تعبير المرفق أو وظيفة يجرد القضاء من أخطر خصائصه وهي أنه كسلطة يقف على قدم المساواة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية، وقد كان يمكن التجاوز عن استخدام تعبير مرفق القضاء لو أن هذا التعبير عمم فاستخدم لوصف المشرع والحكومة.

إذا كان الاختلاف إذن في شأن استخدام تعبيرات السلطة أو الوظيفة أو الاختصاص فإنه لا يجوز الاستناد إلى الاختلافات الفقهية في استخدام بعض الألفاظ لإنكار طبيعة السلطة على إحدى وظائف الدولة وهي القضاء، فلم يكن في قصد هؤلاء الذين استخدموا هذه الألفاظ وضع القضاء في مكانة دون مكانة المشرع أو الإدارة مثل الفقيه André Hauriou الذي انتهى في تحليله القانوني إلى اعتبار القضاء والإدارة منتميين إلى شعبة

---

(1)- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 43.

(2)- أحمد سعيفان: المرجع السابق، ص 25.

(3)- يسن عمر يوسف: **استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي**، مكتبة الهلال، بيروت، 1995، ص 11-12.

(4)- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 05.

واحدة والذي أقام التفرقة بين الوظيفة والسلطة، ولكن رغم هذه النتائج إلا أنه لم يتردد في التأكيد بأن القضاء سلطة.

لكن وكما يقول الأستاذ محند بوبشير أمقران لا يكفي النص الصريح في الدستور كي نقول بأن قضاء دولة معينة يعتبر سلطة مع كل الامتيازات المترتبة على مفهوم السلطة، لأن العبرة ليس بظاهر النصوص والمصطلحات المستعملة، وإنما العبرة بمضمونها وبحقيقة الدور الذي تضطلع به والضمانات. [1]

الفرع الثاني: تعريف القضاء

نتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للقضاء(أولا)، ثم التعريف الاصطلاحي للقضاء(ثانيا).

أولا–التعريف اللغوي: إن ما يدل عليه الأصل اللاتيني للفظ القضاءjuris dictio لدى الرومان وهو يعني قول القانون أو الحق، واللفظ اللاتيني المعبر عن القضاء أبلغ وأشمل من اللفظ العربي لاحتوائه دون هذا الأخير على معنى توخي العدالة، فهو لفظ يتكون من مقطعين هما juris صيغة المضاف إليه للفظ jus أي الحق، و dictio مصدر الفعلdicere أي قال يقول، ومن ثم فمعنى المصدر هو القول، وجملة الكلمة اللاتينية معناها إذن قول الحق أي النطق بالحق، هذا المعنى لا يعبر عنه لفظ القضاء في اللغة العربية أي لا توجد في هذا اللفظ الكفاية الذاتية في التعبير عنه دون إضافة كلمة أخرى تردف بها كلمة القضاء مثل كلمة الحق أو العدل فيقال القضاء بالحق أو القضاء بالعدل. [2]

فلفظ القضاء في اللغة العربية أصله قضاي لأنه من قضت فأبدلت الياء همزة لمجيئها بعد الألف الساكنة فصارت قضاء، والقضاء مفرد وهو مصدر لقضى الثلاثي والمضارع يقضي واسم الفاعل قاض ويجمع القضاء على أقضية أما قضية فتجمع على قضايا على

---

[1]- بوبشير محند أمقران: المرجع السابق، ص 10.

[2]- أحمد محمد حشيش: **نظرية وظيفة القضاء**، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002، ص 190.

وزن فعالى وقضايا أصلها قضائي، تحركت الهمزة ما قبلها فقلبت ياء ثم قلبت إحداهما ألفا وفتح ما قبلها للتخفيف فصارت قضايا.[1]

والقضاء في اللغة له عدة معاني مختلفة في القرآن الكريم، نذكر منها:

-**الحكم والإلزام**: لقوله تعالى(وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا) [2]؛ بمعنى حكم وأمر بذلك.[3]

-**الصنع والتقدير**: لقوله تعالى:(وَقَضَيْنَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ) [4]؛ أي صنعهن وقدرهن.

-**القطع والفصل**: بحيث يقال قضى فلان قضيا وقضاء، أي حكم وفصل بين شيئين متنازعين أو بين واقعتين وقعتا محل نزاع، ويقال قضى بين الخصمين وقضى له وقضى بكذا[5]، وذلك بدلالة قوله تعالى:(وَقُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ للهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) .[6]

-**الأداء والإنهاء**: لقوله تعالى:(فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) [7]، نقول قضى فلان صلاته أي فرغ منها.

-**الوصية**: يقال وقضى إليه أمرا وعهدا؛ أي وصاه وأمره.[8]

والواقع أن معاني القضاء في اللغة ترجع كلها إلى معنى واحد وهو انقطاع الشيء وتمامه وأن القاضي معناه القاطع للأمور المحكم لها وقيل للحاكم قاضي لأنه يمضي الأحكام ويحكمها أو لإيجابه الحكم على من يجب عليه.[1]

---

[1]- محمد عبد الرحمن البكر: **السلطة القضائية وشخصية القاضي**، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988، ص49.

[2]- سورة الإسراء، الآية 23.

[3]- سعدي أبو جيب: **القاموس الفقهي(لغة واصطلاحا)**، دار الفكر، دمشق، ط1، 1982، ص 304.

[4]- سورة فصلت، الآية 12.

[5]- سعدي أبو جيب: المرجع السابق، ص 304.

[6]- سورة الزمر، الآية 75.

[7]- سورة الجمعة، الآية 10.

[8]- محمد بن بكر بن المنظور: **لسان العرب**، مج 15، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 2003، ص 215.

أما التصور الفرنسي التقليدي للقضاء فيستند إلى دلالة لغوية ضيقة لكلمة القضاء juris dictio لدى الرومان، وتعني قول القانونdire le droit وليس يستند إلى الدلالة الفنية الواسعة لهذا الاصطلاح:

أولا–اصطلاح القضاء juris dictio لدى الرومان يعني قول القانون والذي له دلالته الفنية التي تتمثل في أمرين معا هما: أ/القضاء هو القول القضائي للقانون، بمعنى القول التطبيقي للقانون وليس القول التنظيمي للقانون، بما يستتبعه هذا المعنى التمييز بين نوعين من قول القانون هما: القول القضائي التطبيقي للقانون، والقول التنظيمي المجرد للقانون أي قواعد القانون ومؤدى هذا التقسيم أن القول القضائي التطبيقي للقانون ليس مجرد تكرار عقيم للقول التنظيمي المجرد للقانون إنما هو قول قائم بذاته للقانون، كما أن جوهر القول التنظيمي المجرد للقانون هو الإرادة فإن جوهر القول القضائي التطبيقي للقانون هو الإرادة القضائية، وبالتالي فإن القضاء هو عمل قانوني من أعمال الإرادة، وكما أن للقول التنظيمي المجرد للقانون قوة القانون فإن للقول القضائي التطبيقي للقانون قوة الحكم القضائي الملزمة أي حجية الأمر المقضي؛

ب/والقضاء هو قول قضائي للقانون، بمعنى أنه ليس قولا لشخص أو للأشخاص القانونية بما فيهم الدولة بما يستتبعه هذا المعنى من تقسيم للأقوال التطبيقية إلى نوعين هما: قول قضائي للقانون، وقول شخص أو أشخاص القانون بما فيهم الدولة، ويترتب على هذا التقسيم أهمية بالغة:– فالقول القضائي للقانون ليس من أعمال الدولة، وبالتالي فهو ليس قرارا إداريا، إنما هو عمل قانوني قائم بذاته؛

–فالقول القضائي للقانون يصدر وينفذ باسم القانون وليس باسم الدولة أو الشعب؛

ثانيا–كما أن اصطلاح القضاء juris dictio لدى الرومان لم يعد يقتصر على مجرد القول القضائي للقانون، إنما امتد ليشمل الأعمال التي كان يتولاها البريتور القضائي أي أعمال القضاء الولائية والتنفيذية، وبالتالي فقد صار هذا الاصطلاح يغطي الأعمال القضائية بالمعنى التقليدي وأعمال قضائية أخرى لكن بغير المعنى التقليدي، مما يعني أن

---

[1]- محمد عبد الرحمن البكر: المرجع السابق، ص55.

فكرة القضاء الرومانية لا تسند الموقف الشائع في الفقه الفرنسي الذي يوحد فكرة الوظيفة القضائية والعمل القضائي بمعناه الضيق أو الذي يجعل العمل القضائي مجرد عمل ذهني أكثر منه عمل إرادة أو الذي يطبع الوظيفة القضائية بطابع إداري أو شبه إداري".[1]

ثانيا-التعريف الاصطلاحي: اختلق الفقهاء في تعريف القضاء فبعضهم عرفه بأنه "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وهو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام."[2]

ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن القضاء هو "فعل يصدر عن القاضي المختص بفض المنازعات بمقتضى تطبيق القانون والقواعد الحقوقية سواء أكانت هذه المنازعات ناشئة بين الأفراد فيما بينهم أم مع الحكومة وإعطاء الحقوق لأصحابها، ويقول ابن خلدون أن القضاء هو الفصل الملزم بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع بالأحكام الشرعية من الكتاب والسنة".[3]

أما الفقه الفرنسي فيعرف الوظيفة القضائية بأنها فض الخصومات أو حسم المنازعات على وجه المخصوص مع توافر ثلاثة عناصر: 1-وجود نزاع يتطلب تدخل القاضي؛

2-هيئة لحسم النزاع ليست لها مصلحة في هذا النزاع وعدم خضوعها لأية رئاسة إدارية؛

3-الإجراءات القضائية.[4]

وللقضاة سلطة تفسير القواعد القانونية بتحديدهم معناها الرسمي لأن كثير من النصوص فتكون مبهمة وغامضة ولها عدة معان ممكنة والقضاة باختيارهم إحداها ينشئون القانون ويطبقونه، ثم إن النصوص لا تنظم كل شيء إنها تنطوي على كثير من التباين ولا تستبق كل المسائل والحال أن القضاة يجب دوما أن يقولوا القانون عندما ترفع أمامهم الدعوى، فلا يمكنهم التهرب خلف صمت النصوص ورفض الحكم إذ عند صمت النصوص

---

(1)-أحمد محمد حشيش: المرجع السابق، ص191 - 192.

(2)- عدنان عاجل عبيدات: المرجع السابق، ص 45.

(3)- فاروق الكيلاني: **استقلال القضاء**، دار المؤلف، بيروت، ط2، 1999، ص 25.

(4)- أحمد محمد حشيش: المرجع السابق، ص 105.

ينبغي أن يجد القضاة بأنفسهم الحل القانوني مرتكزين على التقاليد وعلى الأعمال التحضيرية للنصوص وخاصة المبادئ القانونية العامة يساهم اجتهادهم هكذا في خلق القانون أي اتخاذ القرارات ليس تفسيرا فحسب واستخلاص نتائج هذا التفسير في النظام الديمقراطي، يجب أولا أن يكون لهذه القواعد بنية ومحتوى خاص يحددان ما يسمى دولة القانون ثم إنها يجب أن تفسر وتطبق من قبل أجهزة قضائية مستقلة.

والحقيقة أن وظيفة السلطة القضائية لا تقتصر فقط على قول القانون، بل تتعداه إلى استخلاص تبعات القانون الصادر أي تطبيقه، فتحدد المحاكم واجبات الأشخاص الذين ينطبق عليهم القانون وتعطي أوامرها لتنفيذ هذه الواجبات، إن أحكامها هي تنفيذية وأمر التنفيذ لا ينطبق فقط على المواطنين الخاصين، بل ينطبق أيضا على السلطات العامة (رئيس الدولة، رئيس الحكومة، الوزراء) هم ملزمون بتطبيق الأحكام القضائية حتى البرلمان يجب أن يخضع إذا أعلنت المحاكم عدم دستورية القوانين أوامر التنفيذ هذه يمكن أن تتعلق فقط بأعمال قانونية(إلغاء قانون، إلغاء مرسوم، تعيين موظفين) لكن في معظمها تتعلق بأعمال مادية(تعويضات، أمر بتنفيذ حكم جزائي).[1]

إذن للأجهزة القضائية ثلاث وظائف: تضمن تراتبية القواعد القانونية، ولها سلطة تفسير القانون، وسلطة تطبيق القانون.

وضمان احترام تراتبية القواعد القانونية يتم ذلك عبر احترام مبدأ الشرعية سواء عن طريق دعوى الإبطال لتجاوز السلطة أو بطريق الدفع بسبب عدم الشرعية، لكن هذا الدور يشوبه بعض النقص بالنسبة لمسألة دستورية القوانين، وزيادة عدد السلطات التي يحق لها الادعاء لديه، فالسلطات العامة وحدها تملك هذا الحق، أما سلطة تفسير القانون فهي تعني أن كل نص هو قابل لعدة تفسيرات، وظيفة الأجهزة القضائية هي اختيار أحد التفسيرات الممكنة وقول الحق، وأخيرا تستخلص الأجهزة القضائية نتائج تفسيرها للقانون.[2]

---

[1]-موريس دوفرجيه: المرجع السابق ، ص143- 144.

[2]-موريس دوفرجيه: المرجع السابق، ص245.

إلا أن الإشكالية في تعريف الوظيفة القضائية عند فقه القانون العام في فرنسا تعود إلى:

-توحيد فكرة الوظيفة الإدارية والعمل الإداري بينما هذا العمل لا يستغرق الوظيفة التنفيذية أو الإدارية، إن الأعمال التي تقوم بها الإدارة ولا تخرج عن كونها إحدى المجموعات الثلاث عقود إدارية، أعمال مادية، قرارات إدارية؛

-توحيد فكرة الوظيفة القضائية والعمل القضائي بمعناه الضيق(الحكم القضائي)؛

-التمييز بين العمل القضائي والقرار الإداري، باعتبار أن هذا التمييز هو تمييز بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية، وهذا غير صحيح فلا العمل القضائي يستغرق الوظيفة القضائية ولا القرار الإداري يستغرق الوظيفة التنفيذية؛

-تفسير العمل القضائي بفكرة العمل الإداري، بينما فكرة العمل الإداري التي أرادوا أن يفسروا بها العمل القضائي هي ذاتها في حاجة إلى تفسير فما هو العمل الإداري وما هو معياره؟ الواقع أن معيار العمل الإداري لازال حتى الآن موضوع بحث والقانون الإداري لازال في تطور مستمر كما لو كان لم يتم بعد نموه كما يقول Valine.[1]

ولأهمية هذه المسألة، ارتأينا تخصيص المطلب الموالي من هذا الفصل لشرح ودراسة أهم المعايير التي أوجدها الفقه لتمييز الوظيفتين التنفيذية والقضائية.

المطلب الثاني:
معايير تمييز الوظيفة القضائية عن الوظيفة التنفيذية

إن تطور مبدأ الفصل بين السلطات جعل اختلاط الوظائف بين سلطات الدولة وتداخل الاختصاصات بينها أمرا مألوفا، فالسلطة الواحدة قد تؤدي أكثر من وظيفة في آن واحد ومن ثم تتخذ أعمالا قانونية مختلفة، مثل العمل الإداري والعمل القضائي فالإدارة تؤدي وظيفتها عن طريق إصدار القرارات الإدارية والقضاء يمارس وظيفته من خلال ما يصدره من أحكام قضائية، ونحن في الحالتين بصدد نقل حكم القانون من حالة العمومية إلى حالة

[1]- أحمد محمد حشيش: المرجع السابق، ص104.

الخصوصية، الأمر الذي يثير صعوبة في التفرقة بين العمل الإداري والعمل القضائي خاصة عندما يثور نزاع بخصوص طبيعة هيئة من الهيئات، لذلك كان من الضروري البحث عن معيار يتم على أساسه تمييز هذه الوظائف تمييزا دقيقا، فكل منها تخضع لنظام قانوني خاص بها ومختلف عن الآخر، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المعيار المميز بينهما فمنهم من اعتمد على المعيار الشكلي والذي ينصب على الهيئة التي تمارس العمل الوظيفي، في حين نجد اتجاها آخر ينظر إلى العمل القضائي نظرة مادية بالنظر إلى مضمون العمل الوظيفي وهذا هو المعيار الموضوعي، والبعض الآخر اتجه إلى الجمع بين عناصر كلا من المعيارين الشكلي والموضوعي معا والذي يطلق عليه بالمعيار المختلط، وهذا ما سيكون محلا للبحث في الفروع التالية مع تقدير كل اتجاه على حدى.

الفرع الأول: المعيار العضوي(الشكلي)

اتجه جانب من فقهاء القانون العام إلى التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري على أساس شكلي، فيعتبر العمل قضائيا عند الفقيه De Malberg إذا صدر عن هيئة منظمة لممارسة القضاء(المحاكم) ومحاطة بإجراءات وبأشكال معينة رسمها القانون، واتجه البعض الآخر أمثال الفقيه Henri Kelsen إلى التركيز على فكرة التدرج الهرمي للقواعد القانونية، أما الفقيه Jèze فركز على نظرية قوة الحقيقة القانونية، وعليه سنتناول مفهوم هذا المعيار حسب نظرية الفقيه De Malberg ثم نظرية الفقيه Kelsen، وصولا لتحليل نظرية Jèze (أولا)، لنقف في الأخير على تقدير المعيار الشكلي من خلال تبيان مزاياه وعيوبه(ثانيا).

أولا–مفهوم المعيار الشكلي: يختلف مفهوم المعيار الشكلي من فقيه لآخر، مما أدى إلى وجود نظريات عديدة أهمها:

1–نظرية Carré De Malberg: يستند الفقيه De Malberg في تعريف الوظيفة القضائية على معيار الجهة التي يصدر منها التصرف(صفة العضو)، أي ذلك الجزء من

جهاز الدولة الذي يصدر عنه التصرف والتنظيم المقرر له لكي يسير على أساسه، ومن ثم الأثر المترتب على تصرفه.[1]

فإذ كان هذا العضو قضائيا كان عملا قضائيا، وإن كان تنفيذيا كان العمل تنفيذيا، "فالعمل القضائي إذن هو الذي يصدر عن السلطة التي لها صفة ونظام المحاكم، أي هيئة تتوافر لها ضمانات هي الاستقلال والحيدة".[2]

وهكذا تتميز الوظيفة القضائية عنده بصدور أعمالها من هيئات متخصصة وفقا للدستور لهذا الغرض ووفقا لإجراءات معينة وأشكال منظمة كي نكفل لها الفاعلية اللازمة لأداء مهامها المختلفة.

فحسب De Malberg أن ما يميز وظائف الدولة ليست هي الطبيعة الكامنة للتصرف الذي تجريه تلك السلطة، وليست هي الغاية التي تنشدها عندما تتصرف وإنما تتحدد طبيعة الوظيفة بتشكيل السلطة ذاتها التي تتصرف والأشكال التي تتم فيها تصرفاتها فكل وظيفة تتميز بالشخص الذي يمارسها وبالشكل الذي تتم ممارستها فيه وخاصة تصرفات الوظيفة القضائية، وتصرفات الوظيفة القضائية هي تلك التصرفات التي تقوم بها هيئات معينة وجدت خصيصا لهذا الغرض والتي تلتزم في ممارسة وظيفتها بأشكال معينة.[3]

ولكن من أثر التطورات عدم التوقف في تمييز العمل القضائي عن القرار الإداري عند معيار واحد(المعيار العضوي)، بل كان لزاما البحث عن عناصر أخرى ألا وهي الإجراءات القضائية أو المظاهر الخارجية المتبعة في اصدار العمل(المعيار الاجرائي) تكمل المعيار الأصلي على أساس أن الصيغة الأولى قد تقف عاجزة عن مواجهة كل الاحتمالات المختلفة التي قد تظهر في التطبيق العملي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لتعزيز الناحية العضوية

---

[1]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم:: **معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص14.

[2]- هشام خالد: **مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام الفقه وأحكام القضاء**، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990، ص 18.

[3]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص36.

عندما يرتبط به بحيث نكون أمام معيار مركب فيه جانب العضو وجانب الإجراءات التي يتبعها العضو ويخضع لها.

إذ لا يكفي اعتبار العمل قضائيا لمجرد أن التصرف منصب على مسألة قانونية متنازع عليها أو صدوره من قاض، بل أضيف إلى ذلك العمل عنصر آخر مستمد من طبيعة المعيار ذاته وهو ضرورة ان تتبع في اصدار العمل الاوضاع الشكلية، وأصبح المعيار العضوي ينظر إلى العمل القضائي باعتباره كل عمل يصدر من هيئة منظمة خصيصا لممارسة الوظيفة القضائية، ومحاطا بأشكال ومظاهر خارجية وإجراءات معينة من شأنها ان تكفل ترتيب قوة الحقيقة القانونية.

فالوظيفة القضائية وفقا لهذه النظرية وإن كان يصعب تحديدها من الناحية المادية إلا أنه يسهل التعرف عليها من الناحية الخارجية، فهي تتم بإتباع إجراءات واحترام شكليات معينة لا توجد في الوظائف الأخرى، وأمثلة هذه الإجراءات كثيرة كعلنية الجلسات، مبدأ حق الدفاع وقواعد تنحي ورد القضاة ونظام التقاضي على درجات.[1]

2-نظرية Henri Kelsen: يرى الفقيه Kelsen أن الحياة القانونية تتكون من مجموعة قواعد قانونية غير متساوية في العمومية والتجريد ترتبط ببعضها ارتباطا تسلسليا؛ بمعنى أنها ليست جميعها في مرتبة واحدة من حيث القوة والقيمة القانونية، بل تتدرج فيما بينها مما يجعل بعضها أسمى من البعض الآخر، فهي عبارة عن هرم متدرج في قمته الدستور، فالتشريع العادي، ثم التشريع الفرعي، ثم العقد والقرار والحكم القضائي، وعليه يلاحظ الفقيه Kelsen ما يلي:- أن كل قاعدة تستمد قوتها الملزمة من قاعدة أعلى منها، فالعقد والقرار والحكم يستمد قوته من القانون، وهذا الأخير يستمد قوته من الدستور، وعليه تتصرف الهيئة المنشئة للقاعدة الأدنى في حدود الاختصاص الممنوح لها من القاعدة الأعلى، فإذا ما خالفت ذلك أصبحت القاعدة الأدنى باطلة؛ كلما تركنا القمة ابتعدنا عن العمومية والتجريد وكلما اقترينا للقاعدة دخلنا مرحلة التطبيق؛ مثلا القانون يعتبر مجرد تطبيق للدستور فهو أقل تجريدا منه، ولكنه على العكس يعتبر أكثر تجريدا من اللائحة، وعليه يمكن القول أن

---

[1]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص 31.

السلطة الدستورية تحتل القمة ثم السلطة التشريعية، أما المرتبة الثالثة تحتلها السلطتان التنفيذية والقضائية فلا فائدة للتمييز بينهما، إلا أن أعضاء السلطة التنفيذية يوحي إليهم من أعلى، أما أعضاء السلطة القضائية فهم مستقلون يوحى إليهم من ضمائرهم ومن هنا تكون الوظيفة القضائية هي الوظيفة التي تتولاها الجهات التي تتمتع بالاستقلال العضوي، والوظيفة الإدارية هي التي تقوم عليها جهات تخضع للتبعية الرئاسية.[1]

وعليه فإن وظائف الدولة تنحصر في الوظيفتين التشريعية والتنفيذية، اللتان تعبران عن مرحلتين متتاليتين من مراحل نشأة القانون، فإذا كانت عمومية القاعدة هي المميز للوظيفة التشريعية، فإنها لا تصلح معيارا لتمييز الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية، فلا يمكن تمييز احداهما عن الأخرى على هذا الأساس، لأنهما في نفس المرتبة من البناء القانوني بعد وظيفة التشريع وخاضعتان لها، وإذا كان الأمر كذلك فأين مكان الوظيفة القضائية؟ وكيف يتم تمييزها عن الوظيفة الإدارية؟

حسب الفقيه Kelsen أن الذي يميز الوظيفة الإدارية عن الوظيفة القضائية هو اختلاف الوضع الذي يشغله من يمارسون الوظيفة الإدارية عن الوضع الذي تشغله الهيئات القضائية، فبينما نرى أن الوظيفة الإدارية تمارس على أساس التبعية الرئاسية، نجد الوظيفة القضائية تباشر على أساس الاستقلال التام؛ أي أن الهيئات الإدارية، إما أن تكون تابعة أو متبوعة وفقا لتتابع درجات السلم الهرمي، حيث الهيئات الإدارية الأعلى درجة لها الحق في اصدار التعليمات للهيئات الأدنى في الدرجة، على عكس ما يجري بخصوص الهيئات القضائية، فلا يوجد مثل هذا التدرج الهرمي أي لا يوجد من له حق اصدار التعليمات، بل يوجد استقلال فيما بينها.[2]

3-نظرية Jèze Gastone: تقوم هذه النظرية على أساس الربط بين العمل القضائي وحجية الشيء المحكوم به، فالعمل القضائي هو الذي يتمتع بقوة الشيء المحكوم به، ويستقل بهذا الأثر دون الأعمال القانونية الأخرى في الدولة كالعمل التشريعي أو الإداري،

---

[1]-هشام خالد: المرجع السابق، ص 19.

[2]- حسين فريجة: **مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية(دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، المصري، الجزائري)**، المطبعة الجزائرية للمجلات، الجزائر، دون تاريخ النشر، ص 22-21.

والفقيه Jèze من أبرز القائلين بهذا المعيار، فنجده يعرف العمل القضائي بأنه التقرير الذي يضفي عليه المشرع قوة الحقيقة القانونية، ويقصد بقوة الحقيقة القانونية أو حجية الشيء المقضي به أن التصرف بعد أن يتم اصداره ويستنفذ طرق الطعن ضده يصبح نهائيا وقاطعا في موضوع النزاع، ولا يجوز تجديد المنازعة بشأنه ثانية أمام القضاء.

فالعمل القضائي إذا ينحصر في التقرير الذي يقوم به القاضي للمركز القانوني وتكون له قوة الحقيقة القانونية، والمؤكد أن المشرع هو الذي يتدخل لإضفاء هذه القوة على التقرير شريطة أن ينطوي الأمر على مسألة متنازع حولها، ولما كان التشريع يعد المصدر الأساسي لتحديد الصفة القضائية للعمل، كان لابد من تفسير إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وذلك بالاستعانة بكل طرق التفسير القانوني للكشف عن النية الحقيقية له، ومن العلامات التي يستدل بها في هذا الخصوص طبيعة الهيئة التي أصدرت العمل وتشكيلها والإجراءات الواجب اتباعها، وفي مجال المقابلة بين القرار الإداري والحكم القضائي استخلص Jèze نتيجة مفادها أن كلا العملين لا يختلفان من زاوية اجتماعهما على تنفيذ القانون، ولكنهما يختلفان بما يضفيه المشرع من قوة الحقيقة القانونية على تقرير دون آخر.[1]

أي أن Jèze اعتبر قوة الحقيقة القانونية خاصية مميزة للعمل القضائي وهي خاصية خارجة عن تكوين العمل الذاتي، بل هي ترتبط بالسلطة التقديرية للمشرع.

ثانيا–تقدير المعيار الشكلي: لقد تبين من خلال دراسة المعيار الشكلي في تعريف العمل القضائي أنه قد ترك نتائج عميقة في الفكر القانوني، ولا يزال محلا لدراسات الفقهاء مما أدى إلى ترجيح سلبياته.

1–سلبيات المعيار: لم يسلم هذا المعيار من النقد، ولم يحظ بقبول جانب من الفقه خاصة أنصار المعيار المادي بزعامة الفقيه Duguit، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

أ/من التحفظات التي أثيرت بوجه هذا المعيار إسرافه في الشكلية، فلا تعتد بغير الشكل أو تجعل من صفة العضو والإجراءات معيارا مطلقا للعمل القضائي، في حين أن هذه الإجراءات والأشكال ليست مقصورة على المحاكم فقط، بل تحاط بالأعمال غير

[1]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص 138 142.-

القضائية أيضا، والمعيار على هذا الأساس يعتمد على ظاهر النشاط دون باطنه، والحقيقة أن طبيعة العمل هي التي تحدد إجراءاته، وليس العكس لأن تحديد معيار العمل يجب أن يسبق وصف الهيئة التي تصدره؛ أي الوظيفة المتميزة هي التي اقتضت وجود عضو يتخصص في ممارستها، وهي التي تسمي التصرف وليس التصرف هو الذي يسمي الوظيفة، وبالتالي فإن صفة القاضي تنسب لمن يؤدي الوظيفة القضائية وليس العكس كما ذهب إليه أنصار المعيار الشكلي.[1]

ب/كما أن المعيار العضوي يقوم على فرضية خاطئة هي أن الفصل بين السلطات يقابله حتما فصل وظيفي، بمعنى أن السلطة التشريعية تستقل بالتشريع دون سواه والسلطة التنفيذية تستقل بمهمة إصدار القرارات الإدارية والسلطة القضائية تستقل بمهمة القضاء دون سواه، فالثابت أن السلطة التشريعية تقوم بجانب مهمتها الرئيسية في وضع التشريعات بأعمال إدارية وقضائية ونفس الشيء لباقي السلطات.[2]

ج/أخذ على نظرية Jèze قيامها أساسا على خطأ في الأسلوب وذلك بجعله الأثر المترتب على العمل القضائي هو الأساس في تحديد طبيعته، بينما يقتضي المنطق العكس وذلك بأن طبيعة الشيء هي التي تحدد أثاره عن طريق اضفاء قوة الأمر المقضي به على العمل الذي يثبت بأنه قضائي، وفي هذا خلط بين النظام القانوني للعمل والمعيار المميز له، فالعمل القانوني يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه متى كان عملا قضائيا، وبالتالي طبيعة العمل القضائي هي التي تضفي عليه قوة الشيء المقضي، وعليه لا يمكن استخدام هذه الفكرة في التمييز بين ما هو قضائي وما هو إداري، وإنما هي نتيجة مترتبة على الاعتراف للعمل بالصفة القضائية.[3]

[1]- حسين فريجة: المرجع السابق، ص 23.

[2]- هشام خالد: المرجع السابق، ص20.

[3] -سعيد السيد علي: **نطاق وأحكام مسؤولية الدولة(دراسة مقارنة)**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص86.

د/كما أن نظرية Kelsen في التدرج الهرمي للقوانين غير كافية، لأن هذا المعيار يصلح في النظم التي تقر بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث يراقب القضاء دستورية القوانين ويكون في مرتبة مساوية لمرتبة الهيئة التشريعية.[1]

2-مزايا المعيار: رغم الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، إلا أن له جملة من المزايا نذكر بعضها: **أ/**لا يمكن إنكار القيمة العلمية لهذا المعيار لاستناده على معطيات نظرية قانونية أهمها اظهاره للجوانب العضوية في العمل القضائي، وأنه يتصف بالوضوح وبالبساطة.

ب/يرجع إلى هذا الاتجاه الفضل في بيان أهمية العناصر الإجرائية والعضوية في تحديد الأعمال القضائية وهي الهيئة التي تصدره وكذلك العناصر الأخرى كالإجراءات التي تتبع في القضاء والإلزامية التي تترتب على الحكم وهذه العناصر إذا لم تتوفر في القضاء فلا يعتبر قضاء وتنتفي طبيعته.[2]

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي(المادي)

يقوم المعيار المادي على أساس النظر إلى موضوع العمل ذاته وآثاره القانونية دون النظر إلى السلطة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتخذت في إصداره، ونسب هذا المعيار إلى العميد Léon Duguit والفقيه Bonnard Rouji ورغم أنهما يرتكزان على نفس الأساس وهو استبعاد عنصر الشكل والإجراءات، إلا أنهما يختلفان من حيث العناصر الأساسية لهذا العمل والمعايير التي تميز هذه الوظيفة عن الوظيفة الإدارية، وإذا كان الأمر كذلك فما هو المعيار المادي الذي نتحقق بموجبه من العمل القضائي مهما تكن السلطة التي يصدر عنها؟

نظرا للنظريات العديدة المقترحة في هذا الخصوص فسنتعرض أولا لمفهوم المعيار المادي من خلال نظرية الفقيه Duguit القائمة على الطبيعة القانونية الداخلية للأعمال التي تؤدى بها وظائف الدولة، ثم نظرية حسم المنازعة للفقيه Bonnard وأخيرا نظرية الغاية

[1] -بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص70.
[2] - محمد عبد الرحمن البكر: المرجع السابق، ص58.

القانونية للعمل القضائي للفقيه Jellinek (أولا)، وصولا لتقدير المعيار المادي من خلال الوقوف على مزاياه وعيوبه(ثانيا).

أولا-مفهوم المعيار المادي: يمكن التعرف على هذا المفهوم من خلال النظريات التالية: **1-نظرية Léon Duguit (مبدأ البناء الداخلي)**: يرى الفقيه Duguit أنه لتحديد الطبيعة القانونية لوظائف الدولة يجب أن تدخل في الاعتبار الصفة القانونية الداخلية للأعمال التي تكون مضمونه، فالدولة تمارس وظيفة قانونية في كل مرة تتدخل فيها لتنظيم مرفق عام، ولكن الوظائف التي يجب عليها أن تؤديها يجب أن توصف تبعا للطبيعة الداخلية للتصرفات، ولا يكون هذا التمييز تبعا لنوع المرفق العام الذي تتدخل فيه؛ وبعبارة أخرى لتصنيف وظائف الدولة خاصة الوظيفة القضائية لا يجوز أن تميز من وجهة نظر شكلية وإنما يجب أن تتخذ وجهة نظر مادية أي حسب طبيعة التصرفات ذاتها.[1]

ويرى هذا الفقيه أن التقسيم المنطقي يجب أن يقوم على طبيعة التصرفات القانونية وهي لا تخرج عن ثلاثة أعمال قانونية: أ-الأعمال المشرعة: وهي كل عمل ينشأ أو يعدل أو يلغي مركزا قانونيا عاما، أو موضوعيا؛ وبمعنى آخر هي كل عمل يتضمن قاعدة تنظيمية عامة وغير شخصية ومن هذا القبيل القوانين المشرعة واللوائح والأنظمة؛

ب-أما الأعمال الشرطية: فيقصد بها الأعمال القانونية التي تسند إلى أفراد معينين مراكز قانونية عامة أو موضوعية، فهي في الحقيقة مكملة للأعمال المشرعة لأن هذه تنشأ أو تعدل أو تلغي المراكز القانونية العامة وتلك تمنحها للأفراد، فالمراكز القانونية تظل شاغرة حتى تحدد الأعمال الشرطية من يشغلها، وتمتاز الأعمال الشرطية بأنها لا تمس مراكز قانونية فردية ومثلها التعيين في إحدى الوظائف فمركز الموظف هو مركز قانوني عام أو نظامي، إلا أن قرار التعيين هو الذي يحدد الفرد الذي يشغل هذا المركز فيتمتع بحقوقه ويلتزم بواجباته التي حددتها القوانين من قبل؛

ج-والأعمال الشخصية: وهي الأعمال القانونية التي تتعلق بإنشاء أو تعديل أو انهاء مركز شخصي مثل العقود المبرمة بين الأفراد فهي تولد مركزا من هذا القبيل، كما أن بعض

[1]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص36.

الأعمال كقرارات الضبط الإداري الفردية تعد أيضا أعمالا شخصية والأعمال الشرطية والذاتية تكون جوهر الوظيفة الإدارية.[1]

واستنادا إلى هذه المقدمات، تعرف مدرسة Duguit القانون بأنه قاعدة عامة موضوعية ولا يهم بعد ذلك صفة من أصدر هذه القاعدة ولا الشكل الذي تتجسد فيه ولا الإجراءات التي تتبع عند إصدارها، وبناء على ذلك يعتبر داخلا في الوظيفة التشريعية جميع الأعمال المشرعة وتشمل بصفة أساسية القوانين المشرعة واللوائح، ويدخل في الوظيفة التنفيذية الأعمال الشرطية والأعمال الفردية بمعناها الذي حددناه فيما سلف، وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فأين يكون موضع القضاء بين التصرفات القانونية كوظيفة مستقلة ومتميزة؟

لو أخذنا برأي الفقيه Duguit على اطلاقه لوجب أن يقال أنه لا توجد وظيفة قضائية بالمعنى الصحيح وأن نشاط القاضي يدخل في نشاط الوظيفة الإدارية، إلا أن هذا الفقيه يؤكد بأن القضاء هو شيء آخر غير إصدار القانون أو القرار الإداري، فوظيفة القضاء إبراز أوجه الاعتداء على القانون واتخاذ التصرف المناسب لمواجهة هذا الاعتداء، والحقيقة أن العنصر المبتكر في النشاط القضائي هو أن الشخص العام يتدخل لحسم مسألة قانونية أو وضع تقرير وله قوة الحقيقة القانونية، ويلي هذا التقرير قرار غرضه تحقيق أثره العملي.[2]

ومن هذا المنطلق فإن Duguit يرى أن العمل القضائي يتكون من ثلاثة عناصر:

أ–ادعاء بمخالفة القانون يقدمه صاحب المصلحة إلى القاضي؛

ب–تقرير يبين فيه وجود أو عدم وجود مخالفة للقانون، فالتقرير هو الحل القانوني للمسألة المطروحة؛

---

[1]- خالد سمارة الزعبي: **القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص26.

[2]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص41.

ج-قرار وهو النتيجة الضرورية والمنطقية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي بإعادة القانون إلى الحالة التي يجب أن يكون عليها هذا النظام القانوني.[1]

وهكذا، نصل إلى أن الصفة المميزة للعمل القضائي-طبقا لهذه النظرية- هي الارتباط اللازم والمنطقي بين التقرير والقرار، وإن كان قد أعطى الأولوية للتقرير في العمل القضائي وقلص من دور القرار، ومع ذلك فان القرار لا يندمج في العمل القضائي فحسب، وإنما يكون عنصرا ضروريا له فهو وحده الذي يترك أثرا في النظام القانوني، ومن هنا يمكن القول بأن العلاقة بين التقرير والقرار هي علاقة حتمية ويمثل العنصران كلا واحدا لا يقبل التجزئة.

2-نظرية Bonnard Rouji: يعرف الفقه التقليدي الفرنسي الوظيفة القضائية بأنها وظيفة الفصل في المنازعات، وعلى هذا الأساس، فإن العمل يكون قضائيا متى كان موضوعه فصلا في خصومة، فالخصومة هي المعيار المميز للعمل القضائي بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته، أما الفقه الفرنسي المعاصر فينظر إلى معيار النزاع نظرة أخرى، ومن أنصاره الفقيه Bonnard والذي وإن كان متفقا مع الفقيه Duguit في عناصر البناء الداخلي للعمل القضائي، إلا أنه يضيف إلى ذلك فكرة النزاع، حيث يرى أن الوظيفة القضائية تظهر عن طريق إثارتها بوجود منازعة على حق شخصي يجد له ما يبرره، لأن ليس كل اعتداء على الحق يكون محلا مناسبا للتدخل القضائي، بل لابد أن يكون هذا الاعتداء متضمنا معنى الاعتداء على الحق الشخصي، وتهدف المنازعة إلى الفصل بصفة نهائية في النزاع عن طريق العمل القضائي المتكون من عملين مترابطين هما التقرير والقرار، والقاضي عندما يطرح عليه النزاع فإنه يقرر وهذا التقرير يكون بصفة عامة متبوعا بقرار، وهكذا يكون العمل القضائي بسيطا إذا اقتصر على التقرير ويكون مركبا إذا اشتمل على القرار والتقرير معا.[2]

---

[1]- هشام خالد: المرجع السابق، ص35.

[2]- حسن فريجة: المرجع السابق، ص 35.

ومن جانب آخر، يرى الفقيه André Hauriou الذي له وجهة نظر مقاربة لوجهة نظر الفقيه Bonnard أن "العمل القضائي هو حل سلمي يجده قاض عام لنزاع يقبل الخصوم عرضه أمامه".[1]

هذا التعريف يتضمن مفهوما ماديا للعمل القضائي يتمثل في عنصر المنازعة أي أن مهمة القضاء هي حسم المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص، وبالتالي يكون العمل قضائيا إذا كان من شأنه الفصل في نزاع ما، ويكون العمل إداريا إذا لم يكن حاسما لنزاع معين، ولكن يثور التساؤل عن مفهوم المنازعة؟ ولقد تنوعت الآراء في هذا الصدد:

أ/اتجاه أول ويمثله الفقيه A. Hauriou: الذي يرى أن المقصود بالمنازعة هو التعارض بين ادعاءات خصمين وعرضه على قاضي لإيجاد حل مستمد من القانون، أي ربط النزاع بفكرة الخصومة؛

ب/اتجاه ثان ويمثله الفقيه P.Hebraud: الذي يفسر فكرة النزاع بأن القانون بإمكانه أن يحل التنازع بين الأفراد دون حاجة إلى التدخل القضائي[2]، لأن تطبيق القانون ليس هدفا في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لإعادة النظام في المجتمع، وكل إخلال بهذا النظام يستوجب تدخل القضاء، وعليه ليس شرط أن يلازم تدخل القضاء أن تتخذ المنازعة شكل تنازع حقيقي فتكفي المعارضة ولو لم تصل إلى حد المنازعة؛

ج/واتجاه ثالث يقول أن المنازعة هي تعارض بين مجموعة من القواعد القانونية ومن ثم يتعين تدخل القضاء لتحديد القاعدة الواجبة التطبيق على الحالة المطروحة.[3]

وبناء على ما تقدم، فإن قيام نزاع مؤسس على حق شخصي يحسم على أساس قاعدة قانونية، يكون المعيار المادي المميز للعمل القضائي في الفقه الفرنسي، "ويقول الفقيه

---

(1)- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص183.

(2)-بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص119-120.

(3)- هشام خالد: المرجع السابق، ص38.

Bonnard أن عدم توفيق الفقه الحديث في بناء نظرية كافية للعمل القضائي إنما يرجع إلى إنكاره معيار المنازعة".[1]

3-نظرية Jellinek: أجمع أنصار هذه النظرية ومنهم الفقيه Laband والفقيه Jellinek إلى أن الفرق بين الوظيفتين القضائية والإدارية يجد أساسه فيما يقصده القضاء أو الإدارة من نشاطيهما، فالوظيفة الإدارية هدفها إشباع حاجات الدولة، في حين أن الوظيفة القضائية تتجه أساسا إلى حماية النظام القانوني في الدولة، ولتحقيق ذلك فإن القاضي يتبع جميع الوسائل التي يبيحها النظام القانوني؛ أي إذا كان الموظف التنفيذي يعمل لما فيه خدمة المصلحة العامة فإن القاضي يعمل من أجل المحافظة على مبدأ المشروعية.[2]

ويتفق أنصار هذه النظرية على أن غاية العمل القضائي هي غاية قانونية بحتة، لكنهم اختلفوا في تحديد نوع الغاية التي يقصدها النشاط القضائي، فمنهم من قال أن الغاية هي تطبيق القانون، ومنهم من قال أنها رقابة الشرعية ورأي آخر يرى أنها إزالة عوارض النظام القانوني.[3]

وقد ترتب على ذلك، أن طبع الغرض الذي تستهدفه كل من الإدارة والقضاء بطابع مميز فالإدارة وظيفتها مرنة، ومن ثم كان القرار الإداري مرنا يستجيب بسهولة لمقتضيات حسن الإدارة، أما العمل القضائي فيمتاز بالثبات.[4]

ثانيا-تقدير المعيار المادي: رغم المآخذ التي قال بها بعض الفقهاء ضد المعيار المادي، فإنهم لم ينكروا مزاياه:

1-مآخذ المعيار المادي: لقد تعرض المعيار المادي للانتقادات وذلك للعديد من الأسباب منها: أ/لقد أخذ على هذا المعيار كما شرحه Duguit أنه يستعين بعنصر خارج عن العمل القضائي، ألا وهو الادعاء، فكيف اعتبره عنصرا داخليا فيه، وفضلا عن ذلك فإن الادعاء يكون في أغلب الأحيان صادرا من فرد عادي، في حين أن العمل القضائي

[1]- نقلا عن أحمد محمد حشيش: المرجع السابق، ص105.

[2]- خالد سمارة الزعبي: المرجع السابق، ص33 .

[3]- هشام خالد: المرجع السابق، ص42.

[4]- خالد سمارة الزعبي: المرجع السابق، ص34.

يصدر عن موظف، ولا يتصور أن تكون طبيعة العمل القضائي مركبة من نشاطين مختلفين أحدهما نشاط فرد والثاني نشاط موظف.[1]

ب/هذا المعيار غير جامع حيث لا يغطي كل أنواع العمل القضائي فهناك العديد من الأحكام تصدر من القضاء دون وجود منازعة مثل الأحكام الجنائية والإدارية خاصة طعون الإلغاء، كما أنه يدخل ضمن العمل القضائي أعمال ليست لها الصفة القضائية مثل القرارات الإدارية الصادرة في التظلمات عن بعض القرارات.[2]

ج/انتقد هذا المعيار أيضا على أساس إغفاله للجانب الإجرائي والشكلي الذي يحيط بالوظيفة القضائية، هذا العنصر الذي أخذت أهميته تزداد باستمرار وأصبح أي معيار يتجاهل هذا الجانب يعجز عن تفسير حالات كثيرة، فإذا كان القضاء الإداري لا يختص إلا بالمواد الإدارية فإنه لتحديد المقصود بهذه المواد ينبغي النظر إلى شكلها وإلى صفة من اتخذ العمل بصرف النظر عن الطبيعة الذاتية له.[3]

2-مزايا المعيار المادي: تكمن أهمية هذا المعيار في: **أ/**تحليله القائم على أساس مادي أو موضوعي خالص للعمل القانوني مستبعدا الاعتبارات المستمدة من صفة العضو أو الشكل والإجراءات، كما أن المعيار قد اعتمد أسلوب التحليل المنطقي، حتى أن البعض قد أطلق عليه معيار الخصائص المنطقية في العمل القضائي؛

ب/قيام هذا المعيار على مبادئ نظرية عامة غير مرتبطة بنظام قانوني مما يجعله صالحا للتطبيق في الأنظمة القانونية المختلفة، حيث ترك أثرا عميقا في الفكر القانوني، ويرجع الفضل إلى الفقيه Duguit في لفت الأنظار إلى وجوب النظر إلى عناصر العمل القضائي ومكوناته عند تعريفه، ولهذا استقرت نظريته في فقه القانون العام الحديث؛

---

[1]- حسن فريجة: المرجع السابق، ص36 .

[2]- خالد سمارة الزعبي: المرجع السابق، ص32.

[3]- سعيد السيد علي: **نطاق وأحكام مسؤولية الدولة**، المرجع السابق، ص89.

ج/ويبدو هذا المعيار أقرب إلى الحقيقة، لأنه يستند إلى تحليل العناصر الجوهرية للأعمال القانونية ولا يقف عند صفة القائم بهذه الأعمال، كما أنه يرجع إليه الفضل في تفهم كثير من مشاكل القانون العام.[1]

استعرضنا فيما تقدم، الأسس التي يقوم عليها كلا المعيارين الشكلي والموضوعي وقد اتضح لنا أن محاولة الاكتفاء بمعيار واحد بخصوص تحديد طبيعة العمل القضائي وتمييزه عن باقي الأعمال القانونية، فاشلة بدليل أنه حتى الذين انحازوا لأحد المعيارين الأساسين، فسنجد أنهم يستعينون في نفس الوقت بمعيار آخر: فالفقيه De Malberg يأخذ بالمعيار الشكلي ولكن في نفس الوقت يسلم بأن هناك مضمونا ماديا للعمل القضائي وهو جوهر الوظيفة القضائية نفسها، حيث أن القضاء نشاط يتكون أساسا من قول القانون.

-كما أن الفقيه Duguit يأخذ بالمعيار الموضوعي لكنه يأخذ في نفس الوقت بمعايير خارجية لا شأن لها بجوهر القرار، مثل تحديده لطبيعة نظام تأديب الموظفين على أنه نظام قضائي حقيقي من حيث التشكيل والإجراءات القضائية، وهو ما يعني أن المعول عليه في تغيير طبيعة نظام التأديب من نظام إداري إلى نظام قضائي هو طبيعة التشكيل وطبيعة الإجراءات وهو ما نادى به أنصار المعيار الشكلي.[2]

وقد لاحظنا أيضا أن تعريف الفقيه André Hauriou للعمل القضائي يتضمن مفهوما ماديا يتمثل في عنصر المنازعة، إلى جانب عنصر شكلي يتمثل في عرض النزاع أمام قاض.

-ويرجع سبب عدم كفاية معيار واحد من المعيارين الشكلي والموضوعي إلى أن مبدأ فصل السلطات لم يأخذ به على اطلاقه؛ أي على أساس أن تتخصص كل هيئة بوظيفة محددة بذاتها دون أن تشارك في أعمال الوظيفة الأخرى، ويفترض لتحقق ذلك أن تقوم في داخل الدولة هيئات متساوية، بحيث تستقل كل منها باختصاصها استقلالا كاملا، إذ أن أداء

[1]- المرجع نفسه: ص88.

[2]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص 42.

احدى الهيئات لوظيفتها لا يؤثر على الهيئة الأخرى وهي تباشر وظيفتها وهو ما لا يمكن أن يتحقق من الناحية العملية.

-كما أن التداخل في الاختصاصات بين الهيئات العامة يجعل تطابق المعيارين حتميا أي أنه لا يمكن الاكتفاء بمعيار واحد، وهذا ما أدى بفقه القانون العام في فرنسا إلى القول بأن العمل القضائي لا يقتصر على تلك الأعمال التي تصدرها الهيئات القضائية، بل قد تصدر أحيانا عن هيئات إدارية، فالقرار الذي يبت في التظلم الرئاسي يعد عملا إداريا من حيث الشكل وعملا قضائيا من حيث الموضوع.[1]

وفي هذه الحالات، تبدو الحاجة ماسة إلى البحث عن معيار آخر لاكتشاف طبيعة العمل الصادر عن مثل هذه الهيئات، لأن أنصار المعيار الموضوعي قد فشلوا بدورهم في إيجاد تعريف مقنع للعمل القضائي وتمييزه عن العمل الإداري، وبغية التوصل إلى معيار جامع وتفادي قصور المعيارين السابقين، اتجه جانب من الفقه إلى ترجيح فكرة الجمع بين عناصر كلا المعيارين الشكلي والموضوعي وهو ما يسمى بالمعيار المختلط أو المزدوج وهذا ما سنتحدث عنه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: المعيار المختلط(المزدوج)

إن تميز وظيفة القضاء عن وظائف الدولة هو الذي فرض على القضاء تشكيله الخاص وإجراءاته المتميزة في البت في المنازعات، لكن لا يجب أن نستند فقط على المعيار المادي وحده وإنما لابد وأن توضع في الاعتبار كذلك القواعد الإجرائية والتنظيم الخاص الذي يصاحب عملية الفصل في الخصومات، وقد أظهر العمل الحاجة إلى المزج بين المعيارين السابقين، ولكن ما هو مدلول هذا المعيار المختلط(أولا) والذي سيتم تقديره بعد التعرف عليه (ثانيا).

[1]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص-177 178.

أولا-مدلول المعيار المختلط(نظرية Riemound Guillien): يقوم هذا المعيار على أساس الجمع بين بعض عناصر كل من المعيارين الشكلي والموضوعي، وأشهر القائلين به الفقيه Guillien وتسمى نظريته أيضا برقابة الشرعية، حيث يعرف العمل القضائي بأنه "تصرف مركب من عناصر شكلية وعناصر موضوعية، وتتمثل العناصر الشكلية في تكوين العضو صاحب النشاط وتمتعه بالاستقلال وكذلك الإجراءات المتبعة أمامه، أما العنصر الثاني يتمثل في وظيفة القضاء الموضوعية في حل مسألة تتعلق بمخالفة القانون ومن ثم ممارستها للرقابة على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك تحقيقا وحماية لمبدأ المشروعية وسيادة القانون".[1]

أي أن العمل القضائي يتركز في تقرير الحل القانوني للنزاع المعروض ويعتبر فيما عدا ذلك عملا تنفيذيا، وقد حدد Guillien مدلول التنفيذ بأنه كل عمل يجعل القاعدة القانونية أكثر تخصيصا[2]، فالمشرع ينفذ الدستور والإدارة تنفذ القوانين.

وإذا ما دققنا في نظرية Guillien نلاحظ أنه يربط بين العمل القضائي وفكرة مخالفة القانون، لأنه إذا كان القانون واجب التنفيذ، فإن ذلك يلزم أن يكون التنفيذ مطابقا للقانون، وعلى هذا الأساس، فإن كل عمل تنفيذي يتضمن بالضرورة معنى تطبيق القانون، والعمل القضائي يتلخص في حل مسألة قانونية تعرض أمام القاضي فإذا ما تبين مخالفة القانون فعلا، فإن القاضي ينتقل إلى تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في خصوصية هذه المسألة.[3]

وإذا كان هذا الجانب في تعريف العمل القضائي يرتكز على التقرير(حل المسألة) الذي ينصب على ما إذا كان القانون قد تعرض للمخالفة أم لا، فإنه يجعل العمل القضائي قابلا لأن يشمل أعمالا ليست في حقيقتها قضائية ولا تخرج عن كونها قرارات إدارية كالقرارات التأديبية والقرارات الرئاسية، وقد ينطبق على هذه القرارات المعيار المادي للعمل القضائي،

[1]- نقلا عن يسن عمر يوسف: المرجع السابق، ص20.
[2]- حسن فريجة: المرجع السابق، ص38.
[3]- هشام خالد: المرجع السابق، ص59.

إلا أن Guillien يستبعد القرارات المذكورة من طائفة القرارات القضائية مستعينا بالجانب العضوي من فكرة العمل القضائي، حيث يرى أن أهميته لا تقل عن أهمية الجانب المادي.

ويتمثل الجانب العضوي في تأدية العمل بواسطة شخص متميز عن صاحب السلطة الرئاسية أو التأديبية للقائم بالعمل المطلوب رقابته، حتى لا يصبح القاضي حكما وخصما في آن واحد، ويقرر Guillien في هذا الصدد إن الشكل يلعب دورا هاما في كل فروع القانون وأنه يفرض نفسه.[1]

وينتقد Guillien فكرة القياس المنطقي الذي ذكره الفقيه Duguit مشيرا إلى أنه غير دقيق لأن الأمر في نظر Guillien يبدأ من الوقائع لا من القانون كما ذهب إلى ذلك الفقيه Duguit، فالعملية القضائية في مجموعها عملية ذهنية لا دخل للإرادة فيها ويجري التثبت من الوقائع بواسطة الإجراءات والطرق المختلفة التي حددها القانون(**البينة القانونية**)، وقد ذكر أنصار هذا المعيار ضمانات عديدة أهمها عدم خضوع القاضي لما يخضع له الرئيس الإداري من تبعية رئاسية.[2]

وعلى هذا الأساس، فإن اجتماع العناصر المادية والشكلية ضرورية وذات قوة متساوية في تحديد العمل القضائي.

ثانيا-تقدير المعيار المختلط: رغم الانتقادات الموجهة للمعيار المختلط، فإنه لا يخلو من مزايا:

1- انتقادات المعيار المختلط: ككل المعايير المقترحة في هذا الخصوص لم يسلم المعيار المختلط بدوره من النقد للأسباب التالية: أ/أخذ على هذا المعيار ربط الوظيفة القضائية بفكرة الفصل في مسألة قانونية وحصره بها قد يؤدي إلى الخلط بينه وبين الأعمال غير القضائية، بدليل أن الرئيس الإداري يقوم أيضا بمراقبة شرعية القرارات الصادرة من مرؤوسيه، كما أن القاضي يتدخل في الكثير من الحالات دون أن يفصل في مسألة قانونية حيث لا توجد مخالفة للقانون في الأحكام التقريرية، والتي يكون موضوعها مجرد تقرير وجود

[1]- سعيد السيد علي: **نطاق وأحكام مسؤولية الدولة**، المرجع السابق، ص90.

[2]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص185.

أو عدم وجود مركز قانوني كإعلان الأبوة الطبيعية، فمن الواضح أن مثل هذه الأعمال تعد استثناء على عمل القاضي الذي يتركز أساسا على الفصل في المنازعات أو البت في الادعاءات بمخالفة القانون، فمن المؤكد أنها ليست أعمالا قضائية بالمعنى الضيق للعمل القضائي.[1]

لكن يمكن مناقشة هذا الرأي، ففي مثال الرئيس الإداري الذي يراقب شرعية قرارات مرؤوسيه ويصدر القرارات التأديبية، لسنا بصدد عمل قضائي لعدم توافر العنصر الشكلي الذي يتطلبه المعيار المختلط، فالرئيس الإداري ليس قاضيا بالمفهوم الذي حدده Guillien، وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه ليس كل حل لمخالفة القانون يعد عملا قضائيا، بل لابد أن يجري الحل موظف ينطبق عليه وصف القاضي وهو عدم الخضوع لسلطة رئاسية والفصل العضوي بين من يحكم ومن يدير، أما القول بأن القاضي يتدخل دون أن يفصل في مسألة قانونية ومع ذلك يعتبر عمله قضائيا، فإن هذه الفرضية تمثل الاستثناء الذي لا يخل بالأصل العام لعمل القاضي ألا وهو البت في مسألة قانونية، ويجري اعتبار مثل هذه الأعمال أعمالا قضائية بالمعنى الواسع وليس بالمعنى الفني الدقيق لكلمة الحكم القضائي؛

ب/كما انتقد البعض الآخر أمثال Lampue المعيار المختلط أيضا لأن الأخذ بأحد المعيارين يستبعد تطبيق الآخر من الناحية المنطقية، كما أنه اعتبر رقابة تنفيذ القانون هي أيضا تنفيذ للقانون، فليس هناك فرق في الطبيعة بين عمل التنفيذ الحالي وبين العمل الذي يأتي بعد ذلك لرقابة العمل الأول والحكم عليه.[2]

ورغم هذه المآخذ والانتقادات، يبقى المعيار المختلط يحظى بتأييد الكثير من الكتاب، حيث يرون ضرورة اجتماع العناصر المادية والشكلية للتمييز بين الوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية، وأن المعيار الشكلي يكمل ويؤكد العنصر المادي.

2-مزايا المعيار المختلط: أ/من أهم مزايا هذا المعيار أنه قد وجه الاهتمام إلى فكرة الجمع بين عناصر العمل القضائي سواء الموضوعية منها أم الشكلية، لأنه كما أسلفنا الذكر

---

[1]- سعيد السيد علي: **نطاق وأحكام مسؤولية الدولة**، المرجع السابق، ص90.

[2]- بدرخان عبد الحكيم إبراهيم: المرجع السابق، ص191190. -

الاعتماد التام على عنصر واحد من هذه العناصر غير كاف لتحديد فكرة العمل القضائي، بل يلزم الرجوع إلى أكثر من عنصر في نفس الوقت.

ب/ومن ناحية أخرى، يمتاز هذا المعيار بالواقعية لأنه يبرز لنا فكرة المنازعة كأحد عناصر العمل القضائي، والمنازعة هي التي تفسر لنا الآثار التي يرتبها القانون على العمل القضائي كأن لا يجوز نقض هذا القرار وأيضا يترتب على العمل حجية الشيء المقضي به، كما يبرز لنا الدور الذي تلعبه الإجراءات القضائية في نجاح الجهاز القضائي في أداء دوره.[1]

ج/وإذا كان الفقيه Guillien قد استقى أفكاره في جانب منها من أنصار المعيار الشكلي(نظرية الفقيه De Malberg) وفي جانب آخر من أنصار المعيار المادي(نظرية الفقيه Duguit)، إلا أن نظريته جاءت متناسقة وقائمة على أسس قانونية ومنطقية، بحيث تفادي الانتقادات الموجهة للمعايير السابقة، فقد رفض الأخذ بنظرية Kelsen نظرا لما وجه إليها من نقد، ورفض أيضا ادخال فكرة Jèze القائمة على قوة الشيء المحكوم به كأحد عناصر تعريف العمل القضائي، فقد رأينا من قبل أن هذه القوة ليست عنصرا داخلا في تكوين العمل القضائي، بل هي أثر مترتب على تحققه، وقد ترك هذا الجهد العلمي أثره البين على اتجاهات الفقه بخصوص تحديد الوصف الدقيق قضائي أو إداري للكثير من الأعمال القانونية.

وفي الختام نشير إلى أننا عرضنا فيما تقدم للمعيار الشكلي للعمل القضائي ثم المعيار المادي وفي النهاية المعيار المختلط وقد بينا أوجه النقد التي وجهت للمعايير الثلاث، وفي تقديرنا أن فشل كافة المحاولات التي بذلت لإيجاد معيار للوظيفة القضائية، إنما يرجع إلى أن هذه المحاولات قد سعت للبحث عن معيار للوظيفة القضائية على أساس أنها وظيفة الدولة، بينما هذه الوظيفة هي جزء من وظائف الدولة بالنسبة للقانون ولو أن الفصل بين هذه الوظائف ليس أكثر من تصنيف فني للوظائف القانونية للدولة، لذا ينبغي أن يكون

[1]- هشام خالد: المرجع السابق، ص61.

معيار الوظيفة القضائية هو نفس معيار الوظيفة التشريعية ومعيار الوظيفة التنفيذية، أي دورها بالنسبة للقانون لأن العمل القضائي ضروري للمحافظة على الشرعية القانونية.

ولهذا لا نرى مناسبا البحث عن أساس آخر غير الأساس الدستوري–على حد تعبير الأستاذ محمد عصفور– [1] لتبرير أن القضاء سلطة، لأنه هو ضرورة من ضرورات الدولة القانونية وهو الضامن الأساسي للحريات، وهو كذلك الضمان الأساسي لأداء الوظيفة القضائية ذاتها

[1]- محمد عصفور: المرجع السابق، ص46.

الباب الأول:

اختصاصات رئيس الجمهورية في المجال القضائي

إن التصور النظري لمبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عليه من توزيع للاختصاصات بين السلطات الثلاث التشريعية، التنفيذية، القضائية تصور وهمي- كما تم توضيحه في الفصل التمهيدي- إذ لا يمكن تطبيقه كاملا وجامدا لأن العمل أوجد تعاون بين مختلف السلطات، لكن مسألة توزيع هذه الاختصاصات كانت دائما إشكالية تواجهها الأنظمة السياسية(الرئاسي والبرلماني)لأنها تتم عادة بصورة غير عادلة، إذ تكون الكفة راجحة فيها في الغالب للسلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الدولة، هذا الأخير إلى جانب اختصاصاته التنفيذية يمارس اختصاصات تشريعية وأخرى قضائية.

وممارسة رئيس الدولة لاختصاص يدخل أصلا في المجال القضائي هو بمثابة خرق للتوازن بين السلطتين التنفيذية والقضائية وتهديد للحقوق والحريات العامة خاصة أن مجال السلطة القضائية النظر في المنازعات المعروضة عليها بما تقتضيه القواعد القانونية القائمة، لذا احتل موضوع اختصاصات رئيس الدولة لاسيما منها الاختصاصات القضائية حيزا كبيرا من انشغالات الفقه الدستوري، ولا تخلو الدساتير المعاصرة من تنظيمها ويعتبر الدستور الجزائري من بين الدساتير التي اهتمت بهذا الموضوع.

لهذا جاءت دراستنا في هذا الباب في فصلين، خصص الأول منهما لدراسة حق رئيس الدولة في اصدار العفو عن العقوبة، أما الثاني فقد تناول دوره في المجلس الأعلى للقضاء.

الفصل الأول:

حق اصدار العفو عن العقوبة

العفو عن العقوبة نظام عرفته التشريعات القديمة ونصت عليه القوانين الحديثة فهو يهدف الى معالجة بعض الحالات التي لا يمكن للسلطة التشريعية أو القضائية معالجتها بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية عندما تستجد ظروف تستوجب اجراء موازنة بين مقتضيات العدالة والإنسانية، لهذا يعد هذا الحق اختصاص ينفرد به رئيس الدولة وحده ولا يمكن أن يتنازل عنه أو أن يفوض بشأنه غيره، والاسئلة التي تطرح نفسها هنا ماهي الطبيعة القانونية لمرسوم العفو عن العقوبة، وماهي المبررات التي بني عليها نظام العفو؟ وهل كل عقوبة تكون محلا لقرار العفو أم لا؟

لهذا سنتناول في هذا الفصل الأحكام العامة المتعلقة بنظام العفو عن العقوبة من خلال الوقوف على مفهومه وتطوره التاريخي، ثم تحديد طبيعته القانونية وتبيان موقف الفقه ازاءه وأخيرا دراسة شروطه وآثاره، وذلك في ثلاثة مباحث على التوالي:

المبحث الأول:
ماهية العفو عن العقوبة

إن بيان الأحكام العامة للعفو عن العقوبة في نطاق القانون يقتضي منا الحديث عن مفهوم العفو عن العقوبة ثم تطوره التاريخي، وصولا لتمييزه عن أنظمة العفو المشابهة له وذلك في ثلاثة مطالب على التوالي:

المطلب الأول:
مفهوم العفو عن العقوبة

إن نظام العفو عن العقوبة يعد أهم الأسباب التي تنقضي بها العقوبات، لذا اهتم به الفقه وقدم له عدة تعاريف مختلفة، ومن أجل الإلمام بمضمونها قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، يتناول الأول التعريف اللغوي، ثم التعريف الاصطلاحي في الفرع الثاني، وأخيرا التعريف القانوني في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

لكلمة العفو في اللغة العربية دلالات ومعاني مختلفة لا يمكن حصرها في مجال واحد لاختلاف مفاهيمها ودلالتها حسب السياق الذي استعملت فيه، وقد أصل فقهاء اللغة لفظ العفو بأنه "مشتق من عفا، يعفو، عفوا ويقصد به التجاوز عن الذنب وترك العقاب عليه وأصله المحو والطمس، ومنه عفو الله- عز وجل- عن خلقه وترك عقوبة الجاني المستحقة، ويقال عفا عنه وعفي له ذنبه أي تركه ولم يعاقبه، والعفو لا يكون إلا عن ذنب ويكون بمعنى الترك وعدم اللزوم".(1)

"العفاء- بالفتح والمد- التراب، قال صفوان بن محرز: إذا دخلت بيتي فأكلت رغيفا وشربت عليه ماء فعلى الدنيا العفاء، وعفو المال: ما يفضل عن النفقة، قلت ومنه قوله

(1)- نقلا عن بوراس عبد القادر: **العفو عن الجريمة والعقوبة(في التشريع الجزائري والمقارن)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص41.

تعالى:(يسْألونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلْ العَفْو) قلت، وأما قوله تعالى:(خُذْ العَفْوَ) أي خذ الميسور من أخلاق الرجال ولا تستقص عليهم، قال ويقال أعطاه عفو ماله، يعني أعطاه بغير مسألة.[1]

ويقال عفا: في أسماء الله تعالى: العفو وهو فعول من العفو، وهو التجاوز عن الذنب وترك العقاب عليه وأصله المحو والطمس، وهو من أبنية المبالغة يقال عفا يعفو عفوا، فهو عاف وعفو، قال الليث: العفو عفو الله- عز وجل- عن خلقه والله تعالى جل اسمه العفو الغفور".[2]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

أجمع شراح القانون الوضعي الغربي بصفة عامة وخاصة الفقه الفرنسي على أن العفو عن العقوبة هو نوع من التسامح والصفح أو الرأفة التي يأخذ بها رئيس الدولة بعض المحكوم عليهم، وقد يكون ذلك بصورة كلية أو جزئية، رغم كون العقوبة واجبة النفاذ أصلا، والعفو من شيم الكرام والعفو عند المقدرة، وعفى الله عما مضى وما إلى ذلك من أقوال تشيد بصفة العفو أو التسامح والغفران.[3]

وقد قيل عن ماهية العفو عن العقوبة أيضا بأنه إعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها، أو إبدالها بعقوبة مقررة في القانون أخف من العقوبة المحكوم بها أو بالتزامات معينة، وذلك بقرار من السلطة المختصة في الأحوال المقررة قانونا.[4]

---

[1]- نقلا عن محمد ناجي صالح المنتصر: **النظرية العامة للعفو(العفو الشامل-العفو عن العقوبة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2002، ص22.

[2]- ومن معاني العفو أيضا:- الإسقاط والمحو: كقوله تعالى {وَاعْفُ عَنَّا}سورة البقرة، الآية 286.

-الكثرة: ومنه قوله تعالى {حَتَى عَفُوًا}سورة الأعراف، الآية 195 أي كثروا، ويقال عفا النبت، أي كثر وطال.

-الفضل: ومنه قوله تعالى {وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ العَفْو} سورة البقرة، الآية 219 أي ما يفضل عن النفقة.

-الصفح: كقوله تعالى {فَاعْفُوا عَنْهُمْ وَاصْفَحْ}سورة المائدة، الآية 13.

-السهولة واليسر: يقال أدرك الأمر عفوا صفوا، أي في سهولة.

البراءة: يقال أعفاه من الأمر، أي برأه.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص160.

[4]- رجب محمد عبد الله العزب: **العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009، ص143.

كما يعرفه الفقيه Jean Pradel بأنه "إجراء يصدر عن رئيس الدولة يتم بمقتضاه إعفاء المحكوم عليه من الالتزام بتنفيذ عقوبة باتة ونافذة كليا أو جزئيا، أو استبدالها بأخرى أخف منها". [1]

إن هذه التعاريف لا تخلو من بعض العيوب والنقائص لأنها تعتبر العفو عن العقوبة مجرد إجراء يقوم به رئيس الدولة، وهذا في الحقيقة خلاف لطبيعة العفو الذي لا يخضع الى أي شكل إجرائي أو موضوعي، وليس مجرد اجراء يخول لرئيس الدولة إعفاء بعض المحكوم عليهم من العقوبة المحكوم بها عليهم جزئيا أو كليا، وإنما هو اختصاص دستوري يمارسه في إطار الوظائف التي يضطلع بها بمقتضى الدستور الذي يمنح له حق تخفيف العقوبة واستبدالها، وهذا ما يعرف في الفقه الدستوري بالاختصاص القضائي لرئيس الدولة الذي يعتبر القاضي الأعلى في الدولة.

وبالنظر إلى التعاريف السابقة يمكن القول بأنه على العكس من ذلك فالعفو عن العقوبة هو اختصاص وسلطة لرئيس الدولة، وما يعاب أيضا على هذه التعاريف أنها لم تشمل جميع أنواع العفو عن العقوبة وصوره، فالعفو الخاص يكون فرديا كما يكون أيضا جماعيا.

كما تجدر الإشارة إلى أن العفو عن العقوبة لا يكون فقط جزئيا أو كليا كما جاء في التعاريف السابقة، بل قد يكون العفو باستبدال العقوبة، إضافة إلى أنها لم تذكر شرطا هاما يجب أن يتوفر حين إصدار العفو وهو وجوب أن يكون الحكم القاضي بالعقوبة نهائيا.

وإضافة إلى ذلك يعرف البعض الآخر من الفقه الفرنسي العفو الخاص بأنه إعفاء المحكوم عليه بواسطة رئيس الدولة من تحمل العقوبة المحكوم بها نهائيا ضده، إلا أن هذا التعريف مقارنة بالتعريفين السابقين اكتفى بذكر أهم شرط لممارسة العفو الخاص وهو الحكم النهائي البات دون ذكر خصائصه وطبيعته وصوره، وعلى ذلك يكون ما ذهب إليه الفقه

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص53.

الغربي في تعريف العفو عن العقوبة على أنه صلاحية رئيس الدولة في إلغاء العقوبة المحكوم بها نهائيا على بعض المحكوم عليهم جزئيا أو كليا، أو باستبدالها. [1]

أما بخصوص الفقه العربي، فقد عرف العفو عن العقوبة من زوايا متعددة، واختلفت المصطلحات المستعملة في كل تعريف، فهناك من عرفه بأنه "عمل يصدر عن السلطة التنفيذية برفع العقوبة عن المحكوم عليه رفعا كليا أو توقيع عقوبة عليه أخف من العقوبة المحكوم بها أو جزئيا".[2]

والبعض الآخر عرفه بأنه "إنهاء التزام بتنفيذ العقوبة إزاء شخص صدر ضده حكم إنهاء كليا أو جزئيا أو استبدال التزام آخر به موضوعه عقوبة أخرى وذلك بناء على مرسوم صادر عن رئيس الدولة"[3]، دون أن يترتب على ذلك سقوط الجريمة أو العقوبات الفرعية أو التدابير الاحترازية أو الآثار الجنائية الأخرى، ولهذا يطلق عليه بعض الفقهاء بالعفو غير التام، بينما يطلق عليه أيضا في بعض القوانين ومنها القانون اللبناني العفو الخاص.

وأشهر تعريف تناولته معظم المراجع العربية هو "تنازل من الهيئة الاجتماعية عن كل أو بعض حقوقها المترتبة على الجريمة".[4]

وإذا تمعنا النظر في هذا التعريف نجده غير سليم وغير دقيق في صياغته، لاسيما مصطلح الهيئة الاجتماعية، كما أنه جاء غامضا وناقصا من ذكر الخصائص والمميزات، ولعل أهم نقد يلاحظ حول هذا التعريف هو أنه لم يذكر بالتحديد الجهة المختصة بإصدار العفو عن العقوبة التي كان من الأجدر توضيحها في شخص رئيس الدولة على اعتبار أنه اختصاص ينفرد به وحده ولا يمكن أن يتنازل عنه أو يفوضه لغيره.

ولعل واضعو التعريف السابق حينما استعملوا مصطلح الهيئة الاجتماعية كانوا يقصدون بها رئيس الدولة، إلا أنهم أخفقوا في استعمال المصطلح الدقيق لأن الهيئة

---

[1]- المرجع نفسه، ص54.

[2]- السيد صبري: **مبادئ القانون الدستوري**، منشأة المعارف، القاهرة، 1940، ص551.

[3]- غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية(دراسة مقارنة بين القوانين العربية والأوربية)**، منشورات عويدات، الأردن، 1985، ص90.

[4]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص159.

الاجتماعية لا تنصرف إلى الدلالة على رئيس الدولة، كما يؤخذ على التعريف اعتراض مفاده أنه يتشابه مع تعريف العفو الشامل الذي تتنازل فيه الهيئة الاجتماعية ممثلة في شخص النيابة العامة عن حق من حقوقها المترتبة عن الجريمة، لكن العفو عن العقوبة يعفي المحكوم عليه من تحمل العقوبة المحكوم بها دون أن تتنازل عن الحقوق المترتبة عنها، وعلى العموم فإن هذا التعريف تترتب عليه آثار واسعة لا يمكن أن يحتويها العفو عن العقوبة لأنه ينحصر فقط في إعفاء المحكوم عليه من تحمل العقوبة المحكوم بها ضده دونما أن تمتد آثاره إلى إزالة حكم الإدانة الذي يبقى ثابتا، كما لا تمتد آثاره إلى العقوبات التبعية والتكميلية، وعليه فإن التعريف السابق لا يصح الاعتماد عليه لأن العفو الشامل هو الذي تكون أثاره بإزالة ما يترتب عن الجريمة من حقوق.

وبناء على ما قدم من انتقادات، قدم بعض الفقهاء تعريفا للعفو عن العقوبة على أنه "انهاء الدولة التزام المحكوم عليه من تنفيذ كل العقوبة أو بعضها، إلا أن هذا التعريف جاء ناقصا لأن استعمالهم لمفهوم الدولة جاء واسعا وله دلالة سياسية وقانونية وأكثر من ذلك، فإن مفهوم الدولة مفهوم واسع يمكن أن يشمل الأجهزة وهياكل لها وظائف محددة تقوم بها دون سواها، لذا كان الأفضل أن يستعمل أصحاب هذا التعريف اختصاص رئيس الدولة بمنح العفو عن العقوبة بدل الدولة كبنيان عام، وما يثير النقاش في هذا التعريف احتواءه على لفظ الالتزام، مما يفيد ضمنيا وجود عقد سابق أدى الى نشوء هذا الالتزام وهذا المفهوم يحمل مغالطة كبيرة، لأن وضع المحكوم عليه لا يستند على عقد أبرم بينه وبين الدولة حتى يكون صحيحا القول بأن الدولة تقدم على انهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة".[1]

ورغم المآخذ التي قدمها الفقهاء بخصوص هذا التعريف إلا أنه لا يخلو من الصواب في جزئه المتبقي، لاسيما من خلال استعمال أصحابه لكلمتي الإنهاء والتنفيذ لكل العقوبة أو جزئها، وهذا يقترب من التعريف الصحيح للعفو عن العقوبة لأنها تخليص للمحكوم عليه من تنفيذ جزء من العقوبة المحكوم بها عليه نهائيا.

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص56.

الفرع الثالث: التعريف القانوني

جاء تعريف العفو عن العقوبة في القوانين الوضعية على أنه "منحة من رئيس الدولة تتمثل في أن يقيل بقرار منه المحكوم عليه بعقوبة واجبة النفاذ من كل هذه العقوبة أو بعضها أو أن يستبدل بها عقوبة أخرى أخف مقررة قانونا".[1]

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق الى تعريف العفو عن العقوبة لا في قانون العقوبات ولا في قانون الاجراءات الجزائية على الرغم من أن المجتمع الجزائري عرف مجموعة من القوانين التي جاءت في معنى العفو كقانون الرحمة والوئام المدني وميثاق السلم والمصالحة الوطنية، واكتفى بنص المادة 7/77 من دستور 1996 التي تنص على أن "يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات التالية:- له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات واستبدالها".

وتبدو صياغة هذه الفقرة غير سليمة لأن المشرع استعمل ثلاثة مصطلحات للتعبير على العفو عن العقوبة وهي السلطة، الصلاحية والحق، وفي اعتقادنا كان يقصد منها معنى واحدا إلا أن المصطلحات تتباين في معانيها وآثارها القانونية، فهل العفو عن العقوبة سلطة في يد رئيس الجمهورية أم صلاحية من صلاحياته أم حق من حقوقه؟ إذ يصطلح على العفو عن العقوبة بتسمية حق العفو لكن هذه التسمية أثارت عدة تساؤلات في الأوساط الفقهية والتي مفادها هل العفو حق أو منحة؟

الملاحظ أن كلمة الحق حسب النظرية العامة للقانون لا تنطبق على حق العفو عن العقوبة، فالحق بالمعنى القانوني يخول صاحبه سلطة الاستعمال أو عدم الاستعمال ويمكن لصاحب الحق أن يتنازل عليه لغيره، فهل حق العفو يمكن أن ترد عليه جميع هذه التصرفات؟ فالإجابة عن هذا السؤال لا يمكن ذلك، كما أن التسمية غير سليمة لأنها لا تنطبق مضمونا على فكرة العفو عن العقوبة، فإذا كان العفو هو حق فلمن يتقرر هذا الحق أهو حق لرئيس الجمهورية؟ أم هو حق للمحكوم عليه؟ وإذا افترضنا جدلا أن العفو هو حق للمحكوم عليه فإنه لا يستقيم بالنظر إلى خصائص العفو عن العقوبة، فأهم خاصية فيه أنه

[1]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص160.

إلزامي للمحكوم عليه أي أنه لا يمكن للمحكوم عليه أن يرفض الاستفادة منه على اعتبار أنه من المصلحة التي لا يجوز للمحكوم عليه إهدارها بإرادته المنفردة.[1]

كما أنه لا يتوقف على طلب المحكوم عليه، فقد يمنح له دون طلبه كما قد يعطى له ولا يعطى لغيره، ومن ثم فلا يتصور أن يدعي المحكوم عليه حقا فيه إذا توافرت شروط معينة لمصلحته، وهذا على خلاف ما يترتب على فكرة الحق في النظرية العامة، فهو حق مقرر في ممارسته لرئيس الجمهورية فقط دون سواه، فهو لا يستند إلى اعتبارات الشفقة بالمحكوم عليه وإنما يبنى على اعتبارات مستمدة من المصلحة العامة تجمل في تقدير رئيس الجمهورية أن مصلحة المجتمع هي في عدم تنفيذ العقوبة.[2]

ونظرا لكل ما تقدم، فضل البعض وصف العفو عن العقوبة بمنحة بدلا من وصفه بحق، ولهذا كان من المفروض على المشرع الجزائري استعمال مصطلح اختصاص دستوري أو منحة وحذف لفظ حق، لذلك يبدو أن العفو عن العقوبة قد يكون أقرب إلى صلاحية أو اختصاص دستوري مخول لرئيس الدولة بمقتضاه يتم إسقاط العقوبة عن المحكوم عليه بحكم بات سواء كلها أم بعضها أم تخفيفها أم يستبدلها بعقوبة أخف منها دون أن يكون لذلك أثر على الجريمة ذاتها، هذا التعريف يتضمن خصائص العفو الخاص والجهة المخولة بمنحه، وفي رأينا يعتبر أقرب إلى الصواب لأنه فيما بعد يمكن أن نعرف نوع هذا الإعفاء في ما إذا كان جزئيا أو كليا أو استبدالا للعقوبة.

المطلب الثاني:
التأصيل التاريخي للعفو عن العقوبة

إن العفو قديم قدم التعامل بين البشر، حيث وقعت دماء بين حيين من قريش، فأقبل أبو سفيان فما بقي أحد واضع رأسه إلا رفعه، فقال: يا معشر قريش، هل لكم في الحق أو

[1]- سلوى حسين حسن رزق: " **الدستور ومبدأ العفو عن العقوبة**"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد49، أفريل 2011، ص265، على الموقع:
http: //www.lawfac.mams.edu.eg/arabic/megala/documents/1/4.PDF، بتاريخ30 جانفي 2013، على الساعة 30: 10.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص186.

ما هو أفضل من الحق ؟ قالوا: وهل شيء أفضل من الحق، قال: نعم، العفو، فتبادر القوم فاصطلحوا.[(1)]

وعلى ذلك فالعفو عن العقوبة نظام قديم جدا عرفته التشريعات القديمة ونصت عليه القوانين الحديثة، ففي ظل النظام القديم كان الملك له منافسين في ممارسة حق العفو مثل رجال الدين الذين كان باستطاعتهم في بعض الظروف ممارسة حق العفو، أما اليوم، فهو حق شديد الخصوصية يعود لرئيس الدولة وحده، ومن أجل الإحاطة الموضوعية بالتطور التاريخي لنظام العفو ومعرفة السمات التي ميزت هذا النظام وكيف كان يتم منحه، نتناول في الفرع الأول العفو قبل العصر الحديث، وفي الفرع الثاني العفو في العصر الحديث.

الفرع الأول: العفو عن العقوبة قبل العصر الحديث

مورس العفو عن العقوبة قديما ففي قانون حمورابي جاء نص المادة 129 مشيرا إلى الخيانة الزوجية وحكمها، ولكن زوج المرأة الزانية إذا عفا عنها فان الملك يعفو عن الرجل شريكها في الإثم، وهذا يدلنا على أن الأمر في الجريمة يرفع أمام القضاء حيث يمكن للملك أن يمنح عفوه.[(2)]

كما عرف العفو عن العقوبة في القانون الروماني من طرف الرومانيين القدامى، إلا أن الأشكال التي كان يمارس بها كانت مختلفة، أقربها إلى نظام العفو الحالي، ويعود أصله إلى ما عرفه الرومان قديما بحق الرجوع إلى شعب المدينة يمارسنه عن طريق الاستفتاء، وقد حمل هذا الحق اسماء مختلفة مثل: indulgencia- abolition- restittion وقد اعتقد الفقيه شيشرون أن أصل العفو يعود إلى ملوك العصور القديمة حسب ما وجده في الأساطير الرومانية القديمة كواقعة الشاب هوراس الذي لجأ إلى الشعب لاستعطافه عندما صدر ضده حكم بالإعدام.[(3)]

[(1)]- غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية**، المرجع السابق، ص21.

[(2)]- عادل عبد ابراهيم: " **الآثار القانونية التي تترتب على صدور العفو الخاص(دراسة في القانون الأردني)**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، طرابلس، 1998، ص384.

[(3)]-حسن الحسن: **الأنظمة السياسية والدستورية في لبنان وسائر البلدان العربية**، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002، ص 195.

ومن أشهر التشريعات التي صدرت في العصر الروماني قانون الألواح الإثني عشر وقد تميز بالشدة، حيث كان يسمح بقتل المدين أو يجيز استرقاقه في حالة عجزه عن وفاء دينه، وكان القانون يسمح أيضا للمجني عليه بأن يقتص بنفسه من خصمه، ونظرا لهذه القسوة بدأ الفقهاء الرومانيون بسن قانون الشعوب لإعادة استقرار الإمبراطورية الرومانية.[1]

ويلاحظ في هذه المرحلة أن نظام العفو تطور حيث كان يمارسه رجال الدين، كما مارسه مجلس الشيوخ في الجرائم الخطيرة الماسة بأمن المجتمع، ليمارسه القضاء في عهد الإمبراطورية السفلى بموجب مرسوم صدر عن الإمبراطور قسطنطين.[2]

ويؤرخ رسميا لحق الإمبراطور في العفو كنظام ثابت ابتداء من القرن الثالث ميلادي وانطلاقا من هذه الفترة لم يبق رجال الدين يتمتعون بما كان لديهم سابقا من سلطة في ممارسة حق العفو، وأصبح دورهم يكمن فقط في التدخل لدى الإمبراطور في سبيل حماية الأشخاص الذين يلتمسون الرأفة، غير أن هذا الوضع لم يعمر طويلا بفضل انتصار المسيحية في القرن الرابع، حيث عادت لرجال الدين سلطتهم مما حدا بالإمبراطور إلى الاستجابة لطلباتهم للعفو.

وبعد التطورات التي شهدها العفو في العهد الروماني والتي بفضل تأثيرها انتقل حق العفو من يد الإمبراطور إلى الملك تزامنا مع سقوط الإمبراطورية الرومانية في القرن الخامس عشر، وما ميز هذه المرحلة الملكية هو أن الملك كان يستشير مجلس الشيوخ قبل منحه للعفو، كما ثبت أنه في بعض الأحيان يتصرف من تلقاء نفسه، وتجدر الإشارة إلى أن آثار العفو في العهد الروماني القديم كانت محدودة جدا، لا تتعدى وقف تنفيذ العقوبة، والحقوق السياسية والمدنية المسلوبة من المحكوم عليه بموجب حكم الإدانة لا ترجع لأصحابها في حالة استفادتهم من العفو ويطبق نفس الشيء بالنسبة لأملاكهم المصادرة، كما لا يؤثر العفو على حقوق الغير المكتسبة.[3]

---

[1]- Pauline Tùrk: **Le Droit De Gràce Présidentielle à L'issue De La Révision Du 23 Juillet 2008**, revue française de droit constitutionnelle, 2009-3,N 79,p 519.

[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص28.

[3]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص101-103.

وفي عهد الاقطاع الأوروبي عبر القرون الوسطى، كان الأمراء يمارسونه إلى أن توقفت سلالة les capétiens بحصر هذا الحق في يدها مستندة بذلك إلى المجتهدين الذين رجعوا في دراستهم إلى القانون الروماني الذي كان لا يزال معمولا به في ذلك الحين، وقد أصبح هذا الحق يعود بالتالي إلى الملك وحده، على اعتباره مصدر كل عدالة وممثل الله على الأرض، وكان في منحه هذا الحق يستعيد السلطة القضائية التي خولها للمحاكم التابعة له وذلك وفقا لمبدأ العدالة، وجاءت الإرادة الملكية عام 1670م ترتب نظام العفو عن العقوبة بصورة نهائية ثم كرس النظام البرلماني هذا الحق لرئيس الدولة وسمي هذا الحق الممنوح للتاج بموجب وثيقة الحقوق بحق الاعضاء.[1]

وقد سارت كافة البلدان الأوربية على هذا المنحى، كفرنسا إذ حرص القائمون على النظام بتركيز حق ممارسة العفو في يد الملك، بعدما احتكر رجال الدين والاقطاعيون لفترة طويلة تزيد عن ثلاثة قرون هذا الحق، إلا أنه في الأخير عاد الأمر إلى الملك وانتصر على خصومه وأصبح هو صاحب الاختصاص الوحيد في منح العفو ومصدر العدالة.[2]

وقد لوحظ تاريخيا عبر بعض البلدان الأوربية أن السلطان المطلق الذي يمارسه الملك كان يخضع أحيانا للرقابة القضائية إذ أن رسائل العدل الملكية كانت تسجل في وزارة العدل وتعرض على البرلمانات للاطلاع عليها، وقد توجه انتقادات وتحفظات بل وحق الرفض، غير أن الملك بالرغم من ذلك يمارس حق إصدار العفو وفق مشيئته مستندا في ذلك إلى سلطته الاستبدادية، الأمر الذي أدى إلى إساءة استعمال حق إصدار العفو.[3]

الفرع الثاني: العفو عن العقوبة في العصر الحديث

لقد عرف العصر الحديث أفكارا فلسفية جديدة أغلبها تدعو إلى التحرر فكريا مثل مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلال القضاء وهذا ما ترجمته كتابات Jean Jacques Roussau و Montesquieu التي ساهمت في قيام الثورة الفرنسية سنة 1791م لمحاربة

---

[1]-ماهر عبد المجيد عبود: **العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص 213.

[2]- Pauline Tùrk: Op. Cit ,p. 519.

[3]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص214.

الظلم، لهذا السبب قام الثوار بإلغاء نظام العفو عن العقوبة كأول عمل قامت به الجمعية الفرنسية التأسيسية إذ تبنت قرار يقضي بإلغاء ممارسة العفو عند إصدار قانون العقوبات لسنة 1791م، وذلك تفاديا لأخطار هذا النوع من العفو، ونظرا لما يحدثه من مساوئ باعتباره يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بل لكونه تركة العهود البائدة ومخلفاتها، وعلى أساس أن العدالة التي بدأ المحلفون بممارستها وهم ابناء الانتفاضة والشعب كانت عدالة كاملة غير منقوصة، الأمر الذي جعل من العفو عن العقوبة نظاما لا فائدة منه ولا منفعة، إلا أن الانحراف العدلي الذي رافق إلغاء هذا النظام لم يلبث أن انكشف، مما حمل المشرع على إعادة هذا النظام مرة أخرى، وذلك بقرار مجلس الشيوخ الفرنسي الذي صدر في السنة العاشرة للثورة الفرنسية 1814م بموجب قانون السادس عشر، والذي اشتهر بالإصلاحات القضائية ومن ثم بوضع نظام العفو عن العقوبة في يد الملك، حيث نصت المادة 67 من القانون الصادر في سنة 1814م على أنه "للملك الحق في منح العفو وتخفيف العقوبات".[1]

وأصبح منذ ذلك التاريخ العفو عن العقوبة من السلطات التي يختص بها رئيس الدولة ومدرجا في الدساتير الفرنسية عبر كافة العهود حتى اليوم فهو تقليد ملكي، فلقد ورد النص عليه بعد ذلك في دستور 1848م، ثم في المادة الخامسة والثلاثين من دستور 1946، وتنص عليه حاليا المادة السابعة عشرة من التعديل الدستوري 23 جويلية 2008، ثم تبعتها كافة الدساتير الأوربية والعالمية، كالجزائر فهو نظام قائم وثابت في جميع دساتيرها انطلاقا من دستور 1963 مرورا بدستوري 1976 و1989 ووصولا لدستور 1996.

المطلب الثالث:

تمييز العفو عن العقوبة عن الأنظمة المشابهة له وأشكاله

سبق لنا وأن بينا تعريف العفو عن العقوبة وقلنا بأنه اختصاص دستوري مخول لرئيس الدولة بأن يعفو من العقوبة سواء كلها أو بعضها أو يستبدلها بعقوبة أخف منها، هذا التعريف يجعل نظام العفو عن العقوبة قد يتشابه ويتقارب مع بعض أنواع العفو الأخرى، إلا

1-Matthieu Conan: "**Amnistie Présidentielle et tradition**", Revue Du Droit Public, 17 édition, L.G.D.J, Paris, N 5- 2001, p 1337.

أنه هناك اختلافات بين هذه الأنظمة وبين العفو عن العقوبة تميز كل نظام على حدة، سواء من حيث الطبيعة أم من حيث الأشخاص أم من حيث الآثار، وعليه سنعالج أولا تمييز نظام العفو عن العقوبة عما يشتبه به من أنظمة العفو الأخرى في الفرع الأول، ثم الوقوف على أهم أشكاله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تمييز العفو عن العقوبة عما يشتبه به من أنظمة العفو الأخرى

لقد طبقت أنظمة حديثة تشترك في آثارها على الجريمة والعقوبة مع العفو عن العقوبة، فمنها ما يزيل العقوبة ويمحو جميع آثارها ومنها ما يوقف تنفيذها ومنها ما ينصب على الجريمة ومنها ما ينصب على العقوبة والجريمة معا فيمحو آثارهما ومن الأنظمة ما يعدل في طريقة تنفيذ العقوبة، لهذا سنميز بين العفو عن العقوبة وهذه الأنواع من العفو: العفو الشامل(أولا)، وقف التنفيذ(ثانيا)، رد الاعتبار (ثالثا)، التقادم (رابعا)، وأسباب الإباحة(خامسا).

أولا-التمييز بين العفو عن العقوبة والعفو الشامل: العفو عن العقوبة كما سبقت الإشارة هو صلاحية مخولة لرئيس الدولة بمقتضى أحكام الدستور من إعفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة المحكوم بها نهائيا ضده كليا أو جزئيا أو يستبدلها بعقوبة أخف منها مقررة قانونا، ويلزم لمزاولة رئيس الدولة لهذا الحق أن تكون قد استنفذت كل طرق الطعن الصادر بالعقوبة لاحتمال إلغاء هذا الحكم أو تعديله إذا كان لا يزال قابلا للطعن فيه، أما العفو الشامل فهو "قانون تصدره السلطة التشريعية لإزالة صفة الجريمة عن فعل هو في حد ذاته جريمة يعاقب عليها القانون، بحيث يصبح كأنه لم يجرم أصلا".[1]

من خلال هذين التعريفين نستنتج أن هذين النظامين يلتقيان في بعض الخصائص أهمها: أ/يتشابه كلاهما في كون أنهما غير مقيدان بشرط وليس محددين بمجال محدد فهما متروكان للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الجهة المختصة بإصدارهما؛

[1]- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص386.

ب/ كلا النظامين يسقطان العقوبة عن المحكوم عليه، فمن صدر عفو شامل لصالحه يعفى من تنفيذ العقوبة بالإضافة إلى إزالة الصفة الإجرامية للفعل وكذلك الأمر بالنسبة للعفو عن العقوبة فإنه يعفي المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة.[1]

ج/ ويتفقان كذلك في أن تطبيق أي منهما لا يتوقف على تمسك صاحب الشأن بالعفو، بل بالعكس يفرضان جبرا على المحكوم عليه وليس له سلطة التنازل عن العفو الشامل أو العفو عن العقوبة، لأنهما من النظام العام.[2]

د/ وأخيرا فإن العفو الشامل والعفو عن العقوبة يتفقان في أنهما لا يؤثران على حقوق الغير المضرور من ارتكاب الجريمة، فلا يحول أيهما دون إمكان مطالبة المضرور بتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الجريمة.[3]

وعلى الرغم من هذا التشابه بين كل من العفو عن العقوبة والعفو الشامل إلا أنهما يختلفان في نقاط عديدة أهمها: **أ/** يختلف العفو الشامل عن العفو عن العقوبة من حيث السلطة المختصة، فالعفو الشامل يكون بقانون من السلطة التشريعية، وذلك لأنه يلغي نص تجريم وجد بقانون والقانون لا يلغى إلا بقانون، أما العفو عن العقوبة فيختص بمنحه رئيس الدولة.[4]

ب/ يختلفان من حيث الآثار، فالعفو الشامل آثاره شاملة تصل إلى إزالة الصفة الإجرامية عن الفعل، فهو بمثابة تنازل من الهيئة الاجتماعية بواسطة السلطة التشريعية عن حقها في محاكمة الجاني، أما العفو عن العقوبة، فإنه يقتصر مفعوله على العقوبة الأصلية وحدها فقط، فلا تسقط العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم

---

(1)- تنص المادة السادسة المعدلة من قانون الاجراءات الجزائية على أن:" الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم وبالتقادم والعفو الشامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي".

(2)- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص249.

(3)- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص61.

(4)- تؤكد المادة 7/122 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن البرلمان له الحق في اصدار تشريعات خاصة بالعفو الشامل وتسليم المجرمين، أما المادة 7/77 تعتبر العفو عن العقوبة من صلاحيات رئيس الجمهورية.

بالإدانـة أي اسـتمرار الفعـل جريمـة فـي نظـر القـانون وبقـاء الحكـم بالإدانـة منتجـا لأثـاره الأخرى.[1]

ج/كما أن العفو الشامل يسري بأثر رجعي حيث يصبح الفعل كأنه مباح، أما العفو عن العقوبة ولا يسري أثره إلا من يوم صدوره وعلى المستقبل فقط، ومن ثم فلا يصح صدور العفو عن العقوبة إلا بعد أن يصدر حكم بالعقوبة وينبغي أن يكون هذا الحكم باتا، لأن الحكم غير البات قد يلغى عن طريق الطعن فيه فلا يكون للعفو عن العقوبة ضرورة، أما العفو الشامل فيصح صدوره في أي حالة كانت عليها الدعوى العمومية، ويترتب عليه إذا صدر قبل رفعها عدم جواز رفعها عن نفس الفعل المعفى عنه، وإذا كانت الدعوى قد رفعت وجـب علـى المحكمـة أن تقضـي بانقضـائها ولـو مـن تلقـاء نفسـها، لأن انقضـاء الـدعوى العمومية متعلق بالنظام العام.[2]

د/كما أن العفو الشامل ذو طبيعة موضوعية بمعنى أنه يتعلق بنفس الفعل الإجرامي، وليس له ثمة علاقة بالمساهمين في هذا الفعل الإجرامي، سواء أكانوا فاعلين أصليين، أم شركاء، ومن ثم فإنه يستفيد من العفو الشامل جميع المساهمين في الجريمة التي صدر عنها العفو، بينما العفو عن العقوبة ذو طبيعة شخصية، بمعنى أن العفو يكون قاصرا فحسب على من صدر لصالحه دون غيره من المساهمين معه في الجريمة.[3]

ثانيا–التمييز بين العفو عن العقوبة ووقف التنفيذ: يقصد بوقف تنفيذ العقوبة ذلك النظام الذي يخول للقضاء صلاحية الأمر بعدم تنفيذ العقوبة وبوقف تنفيذها لمدة معينة فإذا لم يرتكب المحكوم عليه أي جريمة وأثبت بذلك حسن سلوكه خلال تلك المدة سقط الحكم بالعقوبة عنه واعتبر كأن لم يكن، أما إذا ارتكب جريمة خلال تلك المدة أمكن إلغاء وقف التنفيذ بحيث تنفذ عليه العقوبة المحكوم بها.[4]

---

[1]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص59.

[2]- فؤاد عبد النبي حسن فرج: **رئيس الجمهورية في النظام الدستوري المصري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995، ص533.

[3]- غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية**، المرجع السابق، ص98.

[4]- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص387.

مما تقدم، يبدو أن النظامان يتفقان في بعض النقاط منها: **أ**/كلاهما لا يمسان بحقوق الغير؛

ب/وكلاهما يهدفان إلى وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها على المتهم؛

ج/كما أن آثارهما لا تمتد إلى العقوبات التبعية والتكميلية الناتجة عن حكم أصلي.

بالإضافة إلى أوجه التشابه بينهما، هناك نقاط اختلاف بينهما أهمها: **أ**/من حيث الاختصاص، فنظام وقف التنفيذ تصدره السلطة القضائية، في حين العفو عن العقوبة من اختصاص السلطة التنفيذية بموجب مرسوم من رئيس الدولة.[1]

ب/ويختلفان من حيث نطاق كل واحد منهما فنظام وقف التنفيذ لا يمكن تطبيقه إلا على المجرمين المبتدئين ولا يطبق على المجرمين المحترفين أو من لهم سوابق ويقتصر تطبيقه فقط على عقوبتي الحبس والغرامة ولا يشمل عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد، خلاف العفو عن العقوبة الذي يمكن أن يستفيد منه جميع المحكوم عليهم بغض النظر عن كونهم مسبوقين أم لا؛

ج/كما يختلف وقف التنفيذ عن العفو عن العقوبة في أنه يمكن الرجوع فيه إذا أخل المحكوم عيه بشروط، خلاف العفو عن العقوبة الذي لا يمكن الرجوع فيه مطلقا.[2]

ثالثا–التمييز بين العفو عن العقوبة ورد الاعتبار: يقصد برد الاعتبار للمحكوم عليه ذلك النظام الذي يهدف إلى محو أثار الحكم الجزائي الصادر بالإدانة وإزالة كافة أثاره خاصة الآثار الماسة بحقوقه المدنية وبأهليته، وذلك حتى يستعيد مكانته السابقة في المجتمع[3] ، وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه هو إجراء يؤدي إلى إزالة الجريمة بالنسبة للمستقبل أو اعتبارها كأن لم تكن.

[1]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص252.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص87-88.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص45.

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا أن نظام العفو عن العقوبة يقترب من نظام رد الاعتبار، في كون أنهما يفترضان وجود حكم مسبق يقضي بإدانة المتهم، كما يتفقان أيضا في أنهما يهدفان إلى إزالة العقوبة الأصلية دون المساس بحقوق الغير.

ورغم هذا فإن أوجه الاختلاف بين هذين النظامين كثيرة نذكر منها: **أ/**يختلف النظامان من حيث الشروط الواجب احترامها، فنظام رد الاعتبار يشترط فيه أن يكون المحكوم عليه قد أتم تنفيذ العقوبة كليا أو سقطت عنه بالتقادم ولا يمكن تطبيقه أثناء سريان تنفيذ العقوبة، خلاف العفو عن العقوبة الذي يمكن أن يكون خلال تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة، ولا يمكن تطبيقه إذا انتهت العقوبة؛

ب/يختلف رد الاعتبار عن العفو عن العقوبة في كون أن الهدف منه هو إصلاح الذين انزلقوا في الجريمة وإتاحة الفرصة لهم من جديد للاندماج داخل المجتمع إذا ثبت حسن سلوكهم، أما العفو عن العقوبة فيمنح غالبا للتخفيف من قسوة الأحكام.[1]

ج/كما أن رد الاعتبار يمحو كافة العقوبات بما فيها العقوبات التبعية والتكميلية، بينما العفو عن العقوبة تبقى أثاره محصورة في العقوبة ذاتها فيوقف تنفيذها ولا تمتد آثارهما إلى العقوبات التبعية.[2]

رابعا–التمييز بين العفو عن العقوبة ونظام التقادم: يترتب عن نظام التقادم سقوط حق المتابعة عن الجريمة، كما يزول وينقضي حق تنفيذ العقوبة الذي يترتب عن الحكم بعد مضي المدة، ويعتبر التقادم من النظام العام ويجوز التمسك به من قبل السلطة العامة تلقائيا، ولا يستطيع المتهم التنازل عنه.

وعليه يمكن أن نستشف أهم نقاط التشابه بين التقادم والعفو عن العقوبة حيث:

أ/يتفقان في كونهما يمنعان تنفيذ العقوبة التي قضى بها الحكم، ولكن رغم ذلك يبقى الحكم قائما ويسجل في صحيفة السوابق العدلية؛

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص91.

[2]- المادة 677 /1 من قانون الاجراءات الجزائية تتناول رد الاعتبار حيث يكون بقوة القانون في حالات حددها على سبيل الحصر واعتبر أن العفو الكلي أو الجزئي بمثابة تنفيذ العقوبة كليا أو جزئيا.

ب/ كما يتفقان أيضا في كونهما لا يستتبع الاستفادة من أيهما الإعفاء من تحمل العقوبات التبعية والتكميلية كالحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية؛

لكن يختلفان في جوانب عديدة نذكر أهمها: **أ**– للعفو عن العقوبة صور كثيرة منها أن يكون كليا أو جزئيا، أما التقادم فله صورة واحدة أي التقادم المسقط الذي ينصب على العقوبة بكاملها فيزيلها؛

ج/ العفو عن العقوبة يمنحه رئيس الدولة بغية إصلاح ظروف سياسية أو أخطاء قضائية، عكس التقادم الذي هو حق قانوني يجوز للمحكوم عليه أن يتمسك به ولا تمنحه أي سلطة، بل يأتي تقريره مع مرور الزمن بهدف تحقيق الاستقرار. [1]

خامسا–التمييز بين العفو عن العقوبة وأسباب الإباحة: يعرف الفقه أسباب الإباحة بأنها الأسباب التي يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل غير المشروع؛ أي هي أسباب تعطل الركن الشرعي وتجعل من الجريمة فعلا مشروعا لا عقاب عليه.[2]

يتضح لنا مما سبق، أنه يوجد تشابه بين العفو عن العقوبة وأسباب الإباحة، فكلا النظامين يطبقان بشروط يحددها مرسوم العفو، أو يحددها القانون.

ويضاف إلى ذلك أن العفو عن العقوبة يختلف عن أسباب الإباحة من نواحي عديدة منها: **أ/** أسباب الإباحة هي أسباب موضوعية دافعها القانون تطبق بغض النظر عن الزمان أو الظروف، أما العفو عن العقوبة فينصب على الأفعال ويزيل عنها التجريم ويكون الدافع في ذلك إصلاح ظروف سياسية أو أخطاء قضائية. [3]

ب/ كما أن أسباب الإباحة منصوص عليها في القانون على سبيل الحصر، حيث يحدد حالات وشروط تطبيقها، فإذا تحققت يكون للشخص الحق في الاستفادة من أسباب الإباحة، عكس العفو عن العقوبة فهو لا يحدد مسبقا.

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص92-95.

[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص47.

[3]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص98.

الفرع الثاني: أشكال العفو عن العقوبة

يتخذ العفو عن العقوبة أشكالا مختلفة من حيث تأثيره على العقوبة، فقد يزيلها كلها فإن شرع في التنفيذ وأدخل السجن، فإنه يطلق سراحه وهذا هو العفو الكلي، وقد يقتصر على جزء منها فقط وهذا هو العفو الجزئي، فإن كانت العقوبة مقيدة للحرية يكون العفو بتخفيض مدتها، وإذا تعددت العقوبات الأصلية كحبس وغرامة كان العفو بإعفاء المحكوم عليه من إحدى العقوبتين، وقد يقتصر على تخفيف العقوبة وهذا هو العفو البدلي، ولا قيد على رئيس الدولة في اختيار العقوبة الأخف، فمادام يملك الإعفاء من العقوبة كلها، فإنه يكون له أن يبدلها بغيرها من العقوبات الأخف دون أن تكون العقوبة الأخف هي التالية للعقوبة الأولى، بل له أن يستبدل عقوبة الإعدام مثلا بالسجن أو الحبس.[1]

وكلها تهدف إلى تعديل وضعية المحكوم عليه، ولعل سبب هذا التنوع مرده أن طبيعة العفو مرنة، وكذلك اختلاف الأسباب التي يرتكز عليها العفو ويمنح من أجلها، ورغم هذا الاختلاف في الصور التي يتخذها العفو عن العقوبة، فإن الفقه قسمه إلى عفو بسيط وعفو مركب، عفو مختلط وعفو قضائي وعفو فردي وعفو جماعي وسوف نتناول هذه التقسيمات في النقاط التالية:

أولا-العفو البسيط والعفو المركب(المشروط): يكون العفو عن العقوبة بسيطا ما لم يقترن بشروط تفرض على المحكوم عليه، سواء أكان هذا العفو قد أسقط العقوبة كلها أم بعضها أم استبدلها بعقوبة أخرى طبقا لما تقتضيه أحكام العفو ، وعلى الرغم من أن العفو البسيط كان هو أكثر الصور المألوفة سابقا، حيث أنها تتفق مع طبيعة هذا النظام الذي هو في آخر الأمر تنازل من السلطة عن العقوبة جزئيا أو كليا دون شرط، فقد أصبح الآن مشروطا.[2]

ويعني العفو المشروط أن يتضمن قرار العفو بعض الالتزامات والقيود المفروضة على المستفيد مثل دفع الغرامة المستحقة عليه أو ألا يدان في جريمة أخرى خلال فترة محددة،

---

(1)- محمد ناجي صالح المنتصر : المرجع السابق، ص161.

(2)- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص239.

وإلا اعتبر قرار العفو كأن لم يكن أو كأن يلتزم المستفيد ببعض الشروط التي تضعها السلطة المانحة له، ومهما كانت آثاره تنصب على العقوبة كاملة أو على جزء منها، ويمكن أن يمتد اقتران العفو بالشرط حتى في حالة استبدال العقوبة.[1]

ويصف جانب من الفقه هذه الصورة من العفو عن العقوبة بأنها تعتبر بذلك وسيلة فنية للوصول إلى تطبيق تدبير لمراقبة سلوك المحكوم عليه بطريق قانوني، وإذا كان العفو معلقا على شرط وأخل المحكوم عليه بالشرط أدى ذلك إلى إلغاء العفو، وهذا ما يجعل العفو عن العقوبة قريبا من إيقاف التنفيذ البسيط.[2]

ثانيا–العفو المختلط والعفو القضائي: العفو القضائي يعني منح القاضي سلطة اعفاء المجرم من العقوبة بدلا من العقوبة التي كان يستحقها جزاء على جريمته التي ثبتت للقاضي إدانته فيها، وهو يتعلق بالعقوبة فقط أما الضرر الذي ينتج عن الفعل فيلزم بتعويضه، وكذلك لا يسحب العفو على المساهمين الآخرين في الجريمة.[3]

ولهذا العفو القضائي حكمة مزدوجة فهو تدبير تهذيبي خاص بالأحداث يسمح لهم بأن يعودوا إلى الاندماج في المجتمع من جديد، كما أنه وسيلة لهيئة الصلح بين الطرفين في جرائم الاعتداء المتبادل، وفي الحالتين يمكن القول بأن العفو القضائي إجراء فعال لتجنب العقوبات القصيرة المدة، وتخفيف الضغط على السجون.[4]

أما العفو المختلط، فهو توفيق بين العفو عن العقوبة والعفو الشامل، فالسلطة التشريعية تحدد في قانون العفو الأفعال الجرمية التي يمتد إليها إجراء العفو، على أن تسند مهمة تحديد قوائم المستفيدين من العفو إلى رئيس الدولة.[5]

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص230.
[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص181.
[3]- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص389.
[4]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص253.
[5]-غسان رباح: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص60.

ويتضح بذلك أن مزايا العفو المختلط هي تحسين وضعية المحكوم عليه، فالمستفيد من العفو المختلط أفضل من استفادته فقط من العفو عن العقوبة، فإنه يرى أن إدانته تمحى كليا ويصبح متمتعا بكافة حقوقه.

مما تقدم، نرى أن هناك تشابه بين النظامين؛ فكل من العفو الخاص والعفو القضائي ذو طابع شخصي ينحصر فيمن صدر العفو بحقه، كما يمكن أن يصدر كل منهما بإسقاط العقوبة كلها أو جزء منها، ومع ذلك فهناك بعض الاختلافات بينهما وأولها أن العفو الخاص يصدر من رئيس الدولة، بينما يصدر العفو القضائي من القاضي والعفو الخاص يصدر بعد ان يكتسب الحكم الدرجة القطعية، في حين ان العفو القضائي يصدر عند صدور الحكم.

ولهذا نرى أن العفو القضائي أفضل من العفو المختلط(الرئاسي)لأن القاضي يكون أكثر دراية من رئيس الدولة بظروف المحكوم عليه وظروف ارتكاب الجريمة، مما يؤدي إلى صدور العفو على أسس.

ثالثا–العفو الفردي والعفو الجماعي: إن حق العفو عن العقوبة غالبا ما يكون فرديا إذا كان المستفيد منه فردا محكوم عليه لوحده، ويمنحه رئيس الدولة لشخص محدد بناء على مجموعة من الضوابط يتم إدراجها كأسباب في قرار العفو مثل اسمه ونوع الجريمة التي ارتكبها والعقوبة التي أصدرت في حقه والجهة القضائية التي أصدرتها، وهذا المفهوم هو الأكثر شيوعا منذ القدم حينما كان يطبق على شخص واحد محكوم عليه بعقوبة جنائية، وفي بعض الأحيان يمكن للعفو الفردي أن يتضمن مجموعة من المحكوم عليهم إذ يحدد مرسوم العفو أسماء كل المستفيدين منه بشرط أن يكون قد صدرت ضدهم نفس العقوبة أو على الأقل حوكموا من أجل نفس الواقعة الإجرامية، كما أن العفو الفردي لا يتعلق بالمناسبات الوطنية أو الدينية، وإنما بناء على سلطة الملائمة التي يخولها القانون لرئيس الدولة كما يصدر العفو الفردي أيضا بناء على طلب المحكوم عليه.[1]

ولكن هذا الحق يمكن أن يكون أحيانا أخرى جماعيا إذا كان قرار العفو عن العقوبة يشمل مجموعة من المحكوم عليهم ضمن قائمة محددة مسبقا، فيتسم بطبيعته العينية إذ هو

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص226.

اجـراء عـام للمسـامحة يصـدر لصـالح طائفـة مـن المحكـوم علـيهم دون أن يحـدد أسـماء المستفيدين منه بغض النظر عن جدارة المحكوم عليهم به أم لا، وغالبا ما يمنح مثل هذا العفو في المناسبات العامة.[1]

ويسبق منح هذا العفو مجموعة من الإجراءات تحددها وزارة العدل ليلتزم بها مدراء المؤسسات العقابية عند قيامهم بإعداد القوائم الاسمية للمحكوم عليهم، حيث يراعى في ذلك سلوكهم وخطورة الجريمة المرتكبة وصحيفة السوابق العدلية والحالة الاجتماعية.

وفي هذا النوع لا يحق للمحكوم عليه أن يقوم بأي إجراء أو طلب للحصول عليه مثلما هو الحال عليه في العفو الفردي. [2]

[1]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص173.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص227.

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية لنظام العفو عن العقوبة وموقف الفقه منه

إن لعملية تحديد الطبيعة القانونية لمرسوم العفو عن العقوبة أهمية خاصة في هذا المجال، إذ على أساسها يتم تحديد الآثار القانونية المترتبة على هذا المرسوم ومعرفة ما إذا كان عمل إداري يخضع للرقابة والطعن أم أنه عمل سيادة غير قابل للنظر فيه من قبل القضاء، لذا سنحاول في هذا المبحث التعرف على الطبيعة القانونية للعفو عن العقوبة وتحديد موقف الفقه منه من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول:
الطبيعة القانونية لنظام العفو عن العقوبة

كما متعارف عليه فإن العفو عن العقوبة هو تعطيل لنص قانوني أي تعطيل لإرادة المشرع لهذا ثار جدلا كبيرا بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية لمرسوم العفو عن العقوبة، هل يعتبر قرارا إداريا أم أنه يعد قرارا قضائيا أم تشريعيا؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل مرت بعدة مناقشات، فمنهم من أعتبره عملا من أعمال السيادة، ومنهم من اعتبره عملا إداريا وهناك من يرى فيه خصائص العمل القضائي ومنهم من اعتبره عملا مختلطا ذا طبيعة مزدوجة، فهو من جهة عمل من أعمال السيادة ومن جهة أخرى عمل قضائي، بينما فريق آخر من الفقه يرى بأنه من الأعمال التشريعية والبعض الآخر يرى أنه ذو طبيعة خاصة لا يمكن تكييفه ضمن أي شكل من الأشكال القانونية واستقر الرأي الراجح باعتباره عملا إداريا، لذا تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع نناقش فيها مختلف هذه الآراء:

الفرع الأول: قرار العفو عن العقوبة عمل من أعمال السيادة

يعتمد أنصار هذا المذهب على معيار السيادة للتفرقة بين أعمال السلطة التنفيذية فهي في نظرهم إما أن تكون أعمال إدارية أو أعمال حكومية، ويقصد بالأولى كل عمل يصدر عنها حين تمارس وظيفتها الادارية تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين العادية، بينما أعمالها الحكومية وتسمى أحيانا أعمال السيادة وهي التي تتخذها بما لها من سلطات حكم وتقتضي

السهر على تطبيق الدستور للمحافظة على كيان الدولة في الداخل والخارج، وتستبعد أعمال السيادة من ولاية القضاء لاتصالها بسيادة الدولة في الداخل والخارج وهي لا تقبل في جوهرها أن تخضع لرقابة القضاء، سواء في ذلك رقابة إلغاء أو رقابة تعويض أو رقابة فحص الشرعية[1]، لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب في هذا الصدد، لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير لا تتاح للقضاء فضلا عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علنا في ساحات القضاء.[2]

وبالتالي فإن قرار العفو طالما أنه منصوص عليه دستوريا، فإنه يحتوي على هذه الصفة كونه من أعمال السيادة، لذلك لا يحق للمحاكم النظر في شرعية المرسوم الصادر بالعفو، بالإضافة إلى ذلك فإنه متى استعمل رئيس الدولة حقه في العفو، فليس للمتهم الحق في الطعن فيه أو رفضه أو التشكيك في مدى فعاليتها، حتى ولو كان المتهم يدعي أن العفو عن العقوبة يضر به في الواقع، "ويضاف إلى ذلك أن العفو لا يستند في منحه للمحكوم عليه لاعتبارات الرأفة والشفقة، إنما يستند إلى اعتبارات الصالح العام وهو اعتبار منوط برئيس الدولة، فهو الذي يقدر ما إذا كان الصالح العام يقتضي إعفاء المحكوم عليه من العقوبة أم أن الصالح العام يقتضي تنفيذ العقوبة".[3]

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر أن العفو الصادر من رئيس الدولة إنما هو عمل من أعمال السيادة، يمنع بموجبها على القضاء النظر فيه باعتبار أنه ليس مختصا في نظر النزاع الذي يمكن أن يثيره ومتى استعمل رئيس الدولة حقه في العفو، فليس للمتهم الحق في الطعن فيه أو رفضه وذلك لأن العقوبة حق للمجتمع وليست حقا للمحكوم عليه، "وقد حدث في فرنسا من خلال قضية الجندي Gugel الذي استفاد من العفو عن عقوبة

[1]-طعيمة الجرف: **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص97.

[2]- محمد واصل: "**أعمال السيادة والاختصاص القضائي**"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد 22، جامعة دمشق، 2006، ص 386.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 167.

الإعدام المحكوم بها عليه لاعتدائه على رئيسه باستبدالها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، إلا أنه رفض هذا القرار وقدم طعنا أمام مجلس الدولة يرفض فيه العفو عن العقوبة المقررة عليه ويدعي فيها أن مرسوم العفو بإزالة عقوبة الموت التي لا تؤدي إلى إنزال رتبته العسكرية قد أساء إلى مصيره، لأن عقوبة الأشغال الشاقة تِؤدي إلى المساس برتبته العسكرية، مفضلا الشرف العسكري على الحياة، إلا أن رد المجلس كان سلبيا، حيث أن مرسوم العفو عن العقوبة الصادر عن رئيس الدولة عمل حكومي غير قابل للطعن أمامه لعدم الاختصاص".[1]

وبذلك تأكد أن قرار العفو الصادر من رئيس الدولة عملا من أعمال السيادة، كما أن مجلس الدولة لم يقرر اختصاصه بنظره ومراقبته، وتبرير ذلك ارتباط قرار العفو بفكرة خروج الأعمال الصادرة بتنفيذ الأحكام القضائية، أو المتعلقة بتنفيذها من دائرة اختصاص القضاء الإداري هذا من جهة، كما أن إجراءات العفو مجموعة من الأعمال ذات صلة بتنفيذ العقوبات مرتبطة بمباشرة الوظيفة القضائية من جهة ثانية وتم منحه لرئيس الدولة كونه حاميا وحارسا لاستقلال القضاء من جهة ثالثة.[2]

ولئن كان السائد لدى الفقه الفرنسي والفقه العربي هو اعتبار قرار العفو عن العقوبة من أعمال السيادة، إلا أنه لم يكن مجمعا عليه لدى الفقه الدستوري وانتقدت هذه النظرية من قبل الكثير من الفقهاء ومن بينهم الفقيه Léon Duguit الذي يرى أن قرار العفو ليس عملا سياسيا لكونه لا تربطه أي علاقة بالجهاز السياسي ولا يدخل ضمن الصلاحيات التي يمكن لرئيس الدولة أن يمارسها على البرلمان، وليس عملا إداريا لأنه لا يحتوي على إلغاء لحكم قضائي.[3]

---

[1]- غسان رباح: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، المرجع السابق، ص36.

[2]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص152.

[3]- تنص المادة 143 من الدستور الجزائري 1996 على أن" ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الادارية"، إلا أن سمو السلطة التنفيذية والمسؤوليات الكبرى على عاتقها، تبرر امتناع القضاء عن تجاوز بعض الحدود في مواجهة السلطة التنفيذية، خاصة إذا تعلق الأمر بأعمال السيادة.

كما أن الفقيه Colomb Michoud يقول ليس هناك أي فرق بين الحكومة والإدارة وكل الأعمال الصادرة عن أي واحدة منهما تخضع لنفس القواعد، ولا يمكن التفرقة بينهما ويضيف أنه إذا كانت الحكومة في كل مرة تتهرب من الرقابة القضائية لما تتصرف لتحقيق هدف سياسي بحيث تتستر وراء فكرة أعمال السيادة فإن هذا يعد بابا مفتوحا على عدم الشرعية.[1]

ويقول جانب آخر من الفقه بأنه إذا كان ليس يسيرا التخلص نهائيا من فكرة أعمال السيادة فلا أقل من حصرها في أضيق الحدود وعدم الانسياق وراء عبارات غامضة، فلا يصح تركها دون تحديد، فيجب أن ترتبط فكرة أعمال السيادة بمصالح عليا واضحة لا تثير الشك بشأن أهميتها للشعب.[2]

كما أن القرارات التي تمارسها الهيئات السياسية كحل البرلمان واستدعاء الناخبين وما شابهها طالما أنها لا تنشئ مراكز قانونية شخصية لا يمكنها أن تكون موضوع لأي رقابة قضائية ولما كان قرار العفو عن العقوبة يصدر من السلطة التنفيذية من تخفيف العقوبة أو استبدالها بغيرها، فلا يمكن اعتبارها من أعمال السيادة.[3]

كما أن العبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، إنما هو بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي يوصف بها مهما كانت طبيعته تتنافى مع هذا الوصف.[4]

الفرع الثاني: قرار العفو عن العقوبة عمل إداري

يرى البعض من الفقهاء ومنهم الفقيهان Garraud.R و Bremound بأن قرار العفو يعتبر من صميم الأعمال الحكومية الصادرة عن السلطة التنفيذية، يصنف ضمن الصلاحيات الإدارية لرئيس الدولة وهو شبيه بالإجراء الذي يتخذه رئيس الدولة تنفيذا لقانون

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص188.

[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص168.

[3]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص189.

[4]- جميل عبد الله القائفي: **سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية(دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص101.

العفو صادر عن السلطة التشريعية ويكون بالتالي قابلا للطعن فيه بالإلغاء، وبسبب اعتباره كذلك لا يمكن لمرسوم العفو أن يعطل الحكم القضائي بالعقوبة لأن العمل الإداري لا يمكنه أن يعدل من العمل القضائي، وذلك استنادا إلى مبدأ فصل السلطات، ويعتبر الفقيه Bremound من بين الفقهاء الذين قالوا بأن قرار العفو عن العقوبة عمل إداري من خلال بعض الصلاحيات ذات الطابع القضائي أعطيت لأعوان إداريين وبالتالي، فإن الطابع القضائي لمرسوم العفو عن العقوبة في حالة العقوبات الإقصائية هو نفسه الطابع الإداري للعفو الممنوح في إطار العقوبات المحكوم بها من طرف المحاكم الإدارية، كما يضيف هذا الفقيه أن مهمة القاضي الأساسية هي التحقيق، والتحقيق وحده له الطابع القضائي بينما الحكم الذي يصدره بناء على ما حقق فيه هو عمل إداري، وعلى ذلك ذهب الأستاذ Joseph Barthélemy والأستاذ Gastone Jèze إلى القول بأن العفو عن العقوبة وإن لم يكن عملا تنفيذيا بالمعنى الدقيق إلا أنه يتشابه من حيث طبيعته بالاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة، ويضيف الفقيهان بأن قرار العفو يشبه في طبيعته الحكم الذي يصدر عن السلطة القضائية لما تحكم بعقوبة، هذا الحكم هو الشرط لوضع شخص في مركز قانوني فهذا ليس عملا قضائيا بأتم معنى الكلمة لأنه لا يثبت شيء كحقيقة قانونية وإنما هو عمل له خصائص العمل الإداري.[1]

وحق العقوبة وفقا لهذا الرأي إنما هو اختصاص دستوري ممنوح للسلطة التنفيذية التي تصادر أملاك المحكوم عليهم، وهي التي تسجن وهي التي تنفذ الإعدام، بيد أن السلطة التنفيذية لا تطبق العقوبة من تلقاء نفسها ذلك لأن القانون العام الحديث يحتم وجود ضمانات للأفراد منعا من استبداد السلطة التنفيذية، وأن أول تلك الضمانات هو عدم توقيع أية عقوبة دون نص قانوني بالإضافة إلى تدخل السلطة القضائية لإثبات أمرين: إثبات التهمة، وتوقيع العقوبة المنصوص عليها قانونا.

وقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن العمل القضائي إنما هو إثبات أمر ما كحقيقة قانونية وأن أي عمل لا تتوافر فيه تلك الصفة، فإنه لا يعد من قبيل العمل القضائي،

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص196-199.

ومن الأمور البديهية أنه لابد وأن تكون هناك دعوى قبل أن يكون هناك حكم والغرض من الدعوى إنما هو السماح للحكومة بإثبات حقها في العقاب، وقد أضاف الأستاذ Joseph Barthélemy أنه مادام الأمر كذلك فإن الحكومة متى امتنعت عن توقيع حقها في العقاب، فإنها بذلك لا تعتبر أنها قد تعدت على السلطة القضائية فهي كالدائن الذي بيده حكم ضد مدينه ولكن لأسباب إنسانية يمتنع عن توقيع الحجز على مدينه وتنفيذ الحكم.[1]

ولكن هذا الاتجاه قد تعرض للانتقاد على اعتبار أن الفقيه Garraud.R خلط كثيرا بين تنفيذ العقوبة والحكم بالعقوبة ذلك أن الحكم بالعقوبة يعتبر عملا قانونيا بينما تنفيذها لا يعدو أن يكون مجرد عمل مادي، وعليه فإذا قلنا بأن ليس لقرار العفو عن العقوبة من أثر إلا على تنفيذ العقوبة دون أن يمس الحكم القضائي، فإن هذا غير ممكن، وإذا كان كذلك فإنه لا يعدو أن يكون عملا ماديا ولكن قرار العفو عن العقوبة هو عمل قانوني.[2]

كما أن العميد Léon Duguit أخذ على هذا الرأي أن حق العقاب هو سلطة تنفيذية يعترف بها الدستور، فهو حق الدولة وليس من حق السلطة التنفيذية، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن السلطة التنفيذية– وهي ليست سوى سلطة من سلطات الدولة– تطلب من السلطة القضائية– وهي سلطة أخرى– الاعتراف بحقها في العقاب.[3]

بالإضافة إلى ذلك، فإنه لا يمكن تشبيه مركز السلطة التنفيذية عند حصولها على حكم بعقوبة ضد الأفراد بالدائن الذي يحصل على حكم ضد مدينه لأنه على فرض ذلك، فالشخص المحكوم عليه بالأشغال الشاقة مثلا يصبح في مركز قانوني جديد نشأ لا من عدم أهليته وسقوط حقوقه السياسية فحسب، بل وأيضا من التعديل الذي طرأ عليه وعلى كيان حريته الشخصية، ولاشك أن مرسوم العفو الصادر عنه يعدل هذا المركز الذي أوجده الحاكم.[4]

---

[1]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص224.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص197.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص164.

[4]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص225.

وقد لجأ الفقيه Duguit إلى تحليل حق العفو فوجد فيه المثل الصحيح للعمل الشرطي أي الشرط الأساسي لتغيير حالة المحكوم عليه، ويترتب على صدور الحكم على المحكوم عليه أن يصبح في مركز قانوني خاص يتطلب أمرين: الأول توقيع العقوبة عليه(الحبس، السجن، الأشغال الشاقة) والتزام الهيئة المختصة بتنفيذ ذلك؛ والثاني عدم أهليته وسقوط الحقوق السياسية والمدنية(وهي عقوبة تبعية للعقوبة الأصلية)، وعلى ذلك عندما يصدر أمر العفو فإنه يعدل مركز المحكوم عليه فتستمر عدم أهليته وسقوط حقوقه السياسية والمدنية، ولكن يرفع عنه العقاب كليا أو جزئيا، فأمر العفو ينشئ إذن أثرا قانونيا من طبيعة مماثلة لما يحدثه الحكم، ويبدو أن أمر العفو وإن كان عملا شرطيا، فهو من حيث الموضوع عملا إداريا لأن الحاكم لا يتدخل عند إصدار العفو لحل مسألة قانونية، ولكنه يتدخل لأسباب وظروف خاصة لتعديل مركز قانوني وهو بذلك يعمل عملا إداريا تاما.[1]

فالمرسوم الرئاسي للعفو وفقا لرأي الفقيه Duguit ليس عملا قضائيا ولا عملا تشريعيا، بل هو عمل إداري يمارسه رئيس الدولة باعتباره عضوا سياسيا في الدولة، ولأنه يمس تنفيذ الاحكام وهو ما يفسر أنه نظام قانوني خاص برئيس الدولة.[2]

ومع التسليم بأن أمر العفو لا يمس الحكم القضائي، فإنه لا يمكن إنكار أنه بسبب إطلاق سراح المحكوم عليه، الأمر الذي أصبح- بحسب المبادئ القانونية الحديثة- من اختصاص السلطة القضائية وحدها، فكيف يمكن إذن تعليل هذا الاعتداء على مبادئ القانون الحديث التي لا تسمح لأي عضو أساسي في الدولة عدا- السلطة القضائية- بالتدخل في حقوق الأفراد وإصدار قرارات تسبب تعديلا في مركزهم القانوني؟ وقد أرجع الفقيه Duguit الإجابة على ذلك إلى اعتبارات تاريخية، فرئيس الدولة يمارس حق العفو في الدساتير الحديثة لاعتبارات أدبية واجتماعية، أما في الماضي فقد كان هذا الحق مستمدا من المبدأ المعروف الملك مصدر القضاء، وعلى ذلك فحق العفو الحالي إنما هو حق قديم من

[1]- شكري زهير: **الوسيط في القانون الدستوري**، دار بلال، بيروت، 2001، ص21.

[2]- Pauline Tùrk: op. cit, p522.

حقوق الملك الذي كان يملك سلطة القضاء، فظل له في الدساتير الحديثة ولكن لأسباب أخرى منها تدارك ما عساه يكون قد وقع من أخطاء قضائية من المحاكم.[1]

الفرع الثالث: قرار العفو عن العقوبة عمل تشريعي

يعتبر الفقيه Charles Eisenmenn من ضمن قلة من الفقهاء الذين كيفوا قرار العفو عن العقوبة بأنه عمل تشريعي، وارتكز في ذلك على أسس تاريخية مفادها أن كل القوانين وضعت للجميع، ولكن الملك يملك بين يديه السلطتين التشريعية والقضائية ولما تستدعيه الضرورة للتدخل ليعفو من تطبيق القانون دون أن يعطل القوة الإلزامية له، ولكن سرعان مازالت هذه الفكرة، لأنها قامت على مغالطة كبرى ترتكز على براهين لا أساس لها من الصحة، ذلك أنه من الثابت تاريخيا أن حق العفو عن العقوبة لم يفارق الملك، بل كان يعتبره من مظاهر العدالة التي يتمتع بها والقانون هو عام ومجرد عكس العفو عن العقوبة فهو إجراء شخصي وفردي، ومن الناحية الواقعية حاليا لا يمكن أن تقبل هذه الفكرة لأن العفو الصادر عن السلطة التشريعية يعتبر قانونا لا تقبل التفويض احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات.[2]

الفرع الرابع: قرار العفو عن العقوبة عمل قضائي

يعتبر جانب كبير من الفقهاء منهم Léon Duguit ليتبعه Charles Rulleau بأن العفو عن العقوبة عمل قضائي من خلال تحليل مضمونه من الناحية الشكلية والموضوعية ثم إقامة المقارنة بين قرار العفو عن العقوبة وبين العمل القضائي، فمن الناحية الشكلية يرىRulleau أن رئيس الدولة حينما يقوم بإصدار قرار العفو عن العقوبة المحكوم بها على المتهم يحدث بذلك من خلال إرادته تعديلا في الحكم الصادر عن الهيئة القضائية ضد المتهم إما كليا أو جزئيا؛ بمعنى إحداث تغيير في المركز القانوني للمحكوم عليه، ولا يعني ذلك أن قرار العفو قد صدر بطريقة اعتباطية كونه غير مسبب حسب طبيعته لأن وجود القرار الصادر من رئيس الدولة في حد ذاته دلالة على أنه مسبوق بتحقيق وإلا كيف يمكن

[1]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص165.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص201-202.

الحصول على نتائج دون أسباب، وبالتالي فإن العمل الذي يقوم به رئيس الدولة عند إصداره للعفو يتقارب مع العمل القضائي كون هذا الأخير ناتج عن تحقيق مسبق، بينما قرار رئيس الدولة بمنح العفو لا يظهر فيه التحقيق صراحة ولكنه مفترض.

ولما كان من الضروري على رئيس الدولة أن يجري تحقيقا مسبقا يكون القرار الصادر منه لمنح العفو عن العقوبة كنتيجة حتمية لهذا التحقيق، ويصبح هذا العمل يحمل نفس خصائص العمل القضائي هذا من الجانب الشكلي، أما من الجانب الموضوعي فيرى الفقيه Rulleau أن رئيس الدولة عند إصداره قرار العفو يكون بالاستناد إلى وجود حكم قضائي صادر عن جهة قضائية بجريمة معينة بعد إثبات التهمة، حيث أن القاضي ينطق بالحكم المقرر لعقوبة جنائية، ورئيس الدولة يصدر قرارا بوقف تنفيذ هذه العقوبة، فالحكم الصادر عن هيئة قضائية يصبح بمثابة شرط لتغيير وضعية المحكوم عليه وأيضا رئيس الدولة حينما يصدر قراره بالعفو يعتبر بدوره شرط يضع المحكوم عليه في مركز قانوني جديد إما بإعفائه من العقوبة كليا أو جزئيا، وبالتالي فإن رئيس الدولة بقراره يرتبط بالحكم القضائي الذي أنشأته الهيئة القضائية، ولا يمكن له أن يفرض عقوبة أشد من تلك المحكوم بها.[1]

لكن يؤخذ على هذه النظرية: 1-أن الفقيه Rulleau يحاول إجراء تقارب بين عمليتين متعارضتين ذلك أن العمل القضائي يحمل في طياته الإدانة، بينما قرار العفو الصادر من رئيس الدولة لا يحمل الإدانة، بل يعفي؛

2-أن الأحكام القضائية على العكس من قرار العفو قابلة للطعن ويتم إصدارها في جلسة علنية، أما قرار رئيس الدولة فيصدر منفردا؛

3-تعتبر مغالطة كبرى قول Rulleau بأن العفو عن العقوبة يهدف إلى إحداث تغيير في المركز القانوني للمحكوم عليه بتعديل الحكم، حيث يبقى الحكم القضائي على حاله ويقتصر قرار العفو عن العقوبة حول طريقة تنفيذ العقوبة، فلا يمس العقوبات التبعية

(1)- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص191.

والتكميلية كالحرمان من الحقوق المدنية والسياسية وإسقاط الأهلية، بل يمس العقوبة الأصلية فقط. [1]

وانطلاقا من هذا التحليل حول التكييف القانوني لمرسوم العفو عن العقوبة، البعض يعتبر هذا الاختصاص أقرب إلى أن يكون من أعمال السيادة غير قابل للمراقبة والطعن، هو المبرر الذي منح رئيس الدولة سلطة تقديرية واسعة في إصداره في المناسبات الدينية والوطنية دون أن يتقيد في تقرير العفو بتقديم مبررات قانونية والغالب في ذلك هو المبرر الانساني أو الظروف السياسية التي تمر بها البلاد وما تستدعيه من دواعي الاستقرار والمحافظة على النظام العام، ولا يصدر بناء على إجراءات قضائية، أما القول بأنه عملا إداريا عد شبيها بالإجراء الذي يتخذه رئيس الدولة تنفيذا لقانون العفو الصادر عن السلطة التشريعية، ويكون بالتالي قابلا للطعن فيه بالإلغاء غير سليم لأن مرسوم العفو لا يصدر تنفيذا للقانون، وإنما يتخذ بصفة استقلالية من قبل الرئيس الذي يستمد هذه السلطة ليس من قانون عادي، وإنما من الدستور مباشرة، مما يجعله غير قابل للطعن لأنه لا يدخل ضمن مجال التنظيم، أما اعتبار حق العفو عمل تشريعي ذو طبيعة فردية لكونه يحل المحكوم عليه من صرامة القانون الذي بموجبه عوقب[2]، فإنه غير سليم لأنه ينصب على الحكم، لذلك فإنه يمكن للمرء أن يعتبر الصلاحيات المخولة لرئيس الدولة لممارسة حق العفو عن العقوبة هي عملا قضائيا لأنه قائم على الغاء حكم قضائي ومن المؤكد أن العمل القضائي لا يمكن أن يعدل بعمل إداري باعتبار أن رئيس الدولة يأخذ صفته القانونية مما يخوله الدستور له من صلاحيات لممارسة حق العفو عن العقوبة بصفته قاضي القضاة، وهو ورئيس المجلس القضائي الأعلى عموما، وأن قرار الرئيس ليس الغرض منه الطعن في مدى شرعية الحكم وإنما رأفة ورحمة بالمحكوم عليه، كما أن طرق الطعن محددة ولا يعتبر العفو حق للمحكوم عليه وليس للقضاء حق التدخل من أجل الحصول عليه بعد صدور الحكم ولا حتى تقدير ملاءمته أو رقابة اجراءاته.

---

[1]- المرجع نفسه، ص194.

[2]- سعيد بوشعير: **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 1991، ص252.

المطلب الثاني:
موقف الفقه من نظام العفو عن العقوبة

لقد أثارت سلطة رئيس الدولة في العفو اهتمام الرأي العام بجميع اتجاهاته الفقهية والقضائية إذ تقتضيه مجموعة من الأسباب السياسية أو القانونية كأن تكون هناك مصلحة عامة ظاهرة للمجتمع تعود على الجاني من وراء عدم عقابه والتي يكون من شأنها المساهمة في إصلاحه، ولذا فإن المنافع التي تعود على المجتمع من وراء عدم عقاب الجاني أكبر من المنفعة المترتبة على إخضاعه للعقاب، ولهذا أعتبر العفو عن العقوبة امتيازا تقليديا عرفته الأنظمة القديمة وأحد الحقوق التي احتفظت بها التشريعات الحديثة لرئيس الدولة بشكل واسع في اعفاء من يشاء ومراجعة الأحكام القضائية من العقوبة كليا أو عن المدة الباقية منها جزئيا أو استبدالها بعقوبة أخرى أخف منها، "ولهذا من الجائز ان نطلق على هذا النوع من العفو بالعفو الحكومي لتمتع السلطة التنفيذية بالحرية الكاملة في اتخاذه".[1]

لكن ماهي التبريرات التي استدعت منح هذا الحق للسلطة التنفيذية؟ بشأن تلكم التبريرات ظهر رأيان الأول مناهض لحق العفو عن العقوبة والآخر مؤيد له، وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الرأي المعارض لحق العفو عن العقوبة(الانتقادات)

على الرغم من الأهمية التي تترتب للمجتمع من وراء تقرير الإعفاء من العقاب منها أنه سياسة حكيمة تؤدي إلى التقليل من الجرائم وعدم تكرارها، إلا أن بعض الفقهاء يرفضون بشدة مبدأ ممارسة رئيس الدولة للعفو عن العقوبة تحت أي ظروف ووجهوا له عدة انتقادات أهمها: أ/إن العفو عن العقوبة نظام غريب لا يتفق مع العدالة الجنائية ولا مع الكثير من المبادئ القانونية المستقرة، فمن ناحية يتضمن هذا النظام إهدار لحكم قضائي ومساس بحجيته بعد استنفاذ طرق الطعن فيها وإفساد لعمل السلطة القضائية الذي دام لمدة زمنية معينة اجتهد خلاله القضاة من أجل الوصول إلى أحكام ذات حجية مطلقة، كما أنه يزعزع

[1]- عاجل عدنان عبيدات: المرجع السابق، ص300.

مصداقية القضاء ويقلل ثقة المواطنين في العدالة ويفتح الباب أمام التعسف والتمييز بين الأفراد والإخلال بمبدأ المساواة أمام العقوبة، وهذا ينعكس سلبا على استقلالية القضاء.[1]

ب/كما أن العفو عن العقوبة يعد تدخلا من السلطة التنفيذية ممثلة، برئيسها في صميم أعمال السلطة القضائية، وذلك لما يترتب عليه من تعطيل كلمة القانون الصادر من القضاء وإخلالا بمبدأ فصل السلطات الذي يقتضي أن تحترم كل سلطة أعمال السلطات الأخرى وعدم تجاوز الاختصاص المحدد لها دستوريا، ومن هذا المنطلق لا يمكن قبول تدخل السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة في مهام السلطة القضائية عن طريق تعطيل أحكام القضاء وهي مكلفة بتنفيذها تحت أي تسمية، حتى لو كانت هذه التسمية هي العفو عن العقوبة، ويزداد هذا الانتقاد قوة حين يتعلق الأمر بجرائم يرتكبها أعضاء السلطة التنفيذية، وتستثني نفسها من الالتزام بالقانون بينما يجب أن تكون هي القدوة الحسنة، فحتى لو تقبل الفقه والقضاء وجود عفو أو تخفيض للعقوبة إلا أنه يجب أن يكون هذا الاجراء مصدره السلطة المختصة بأمور القضاء، فهي أعرف من غيرها باستحقاقات مثل هذا الاجراء.[2]

ج/بالإضافة إلى ذلك يتنافى نظام العفو عن العقوبة مع ما ينبغي أن يتسم به العقاب من طابع يقيني إذ يتعلق المحكوم عليهم دائما بأمل العفو عن عقوبتهم، وقد يدفعهم ذلك إلى مزيد من الإجرام، وفوق ذلك يبدو أن نظام العفو كان في السابق مفيدا، وذلك لأنه لم توجد إلى جانبه وسائل قانونية أخرى لمعالجة الأخطاء القضائية، إلا أننا نجد اليوم القانون رسم العديد من السبل الكفيلة بتصحيح الاخطاء، كالظروف المخففة ووقف التنفيذ والعفو الشامل وبالتأكيد هذه الوسائل تقلل أو تخفف من مجال تطبيق حق العفو عن العقوبة.[3]

د/هذا وإن الاعتبار الذي يسيطر على المؤيدين للعفو من أن رئيس الدولة بوصفه ممثلا للدولة وليس بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية، اعتبار لا يتماشى مع المنطق الديمقراطي لأنه قائم على الخلط بين تمثيل الدولة في محيط العلاقات الخارجية وبين ممارسة السلطات

---

[1]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص218.

[2]- فوزي اوصديق: **الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري(السلطات الثلاث)**، ج3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص288.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص173.

الفعلية فيها، فرئيس الدولة هو ممثل السلطة التنفيذية بينما تناط السلطة التشريعية بالبرلمان والسلطة القضائية بالمجلس القضائي ولكل من هذه الجهات من يمثلها، وإذا تم التسليم بعكس ذلك ستكون هناك عودة إلى نطاق تركيز السلطات بيد جهة واحدة وهذا أمر تخشاه الأنظمة الدستورية الديمقراطية.[1]

هـ/يقف وراء اصدار رئيس الدولة للعفو أسباب سياسية في أغلب الأحوال، كنيل الرضا للفوز بالانتخابات أو انقاذ النظام من الانهيار والانتقادات، مع العلم أن المصلحة العامة بطبيعتها فكرة غير محددة، مما يمكن أن تكون مبررا لكل التصرفات التي يقوم بها رئيس الدولة لتحقيق مآربه الخاصة، ويجب الاعتراف بأن الاستعمال المفرط لهذا الحق قد تنجر عنه آثار وخيمة خاصة على المستوى الاجتماعي إذا ما أعلن عنه دون دراسة مسبقة للفئات التي يشملها، كل ذلك لتجنب إحداث صدمة في أوساط الرأي العام الذي كثيرا ما يفضل الإبقاء على تنفيذ العقوبة خوفا من العودة إلى الإجرام خاصة إذا لم تتوافر للمفرج عنه فرص العمل.[2]

و/يتطلب اصدار رئيس الدولة للعفو معرفته بالحالة التي تتطلب اصداره، مما يعني أمرين، الأول سعي المحكوم عليهم إليه بغية عرض مظلمتهم عليه، والأمر الثاني انتقائية رئيس الدولة للحالات التي سيصدر بشأنها العفو، وفي كلتا الحالتين تظهر المخالفة الصريحة لمبدأ المساواة بين المواطنين وبمفهومه الدستوري.[3]

وقد اشتهر الفقيهان Beccari Cesare و Jeremy Bentham بمعارضة العفو، حيث برر الفقيه Beccari أسباب اللجوء إلى العفو بعدم جدوى القوانين والصرامة المفرطة في الإدانات، حيث أنه كلما كانت القوانين أكثر ليونة كلما أصبحنا في غنى عن العفو والمبرر الوحيد لوجود العفو هو صرامة القوانين، وأن تطبيق العفو لا يؤدي إلى التخفيف من حدتها، بل على العكس من ذلك يخلق مشكلة أخرى وهي التفاوت في الاستفادة من مزايا العفو في أوساط المحكوم عليهم، وأشار إلى أن العفو فكرة سيئة تولد الاتكال لدى المجرمين ويعتقدون

---

[1]- عاجل عدنان عبيدات: المرجع السابق، ص 300- 308

[2]- غسان رباح: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، المرجع السابق، ص26.

[3]- عاجل عدنان عبيدات: المرجع السابق، ص306.

من خلالها أن الجرائم يمكن العفو عنها مما يفقد الحس بالعقاب لديهم، واعتبر أن السلطة التنفيذية ليس من حقها أن تعفو عن المجرمين الذين قضت المحكمة بإدانتهم، إذ ينبغي أن تكون العقوبة محققة وإن اسقاطها بهذا الشكل يؤدي إلى إسقاط هذا المبدأ، فضلا عن أن هذا النوع من العفو يعد بمثابة رفض ضمني للقوانين القائمة فهو اجراء خاص بالمشرعين، ولا يصح اسناده للقائمين على تنفيذ القوانين ليتحكموا باستعماله في الوقت الذي ينبغي أن تتقيد سلطة القاضي في فرض العقوبة للحد من التحكم في هذا النطاق، كما أن الحكام قد استعملوا هذا الحق بشكل واسع دون تأني مما أهدر قيمة العقوبة. [1]

ز/وجود تناقض بين العفو والعقوبات حيث يقول الفقيه Bentham لو أن العقوبة كانت ضرورية، فإن المطلوب منا عدم التسليم بالعفو، إذ هو لا يكون ضروريا ولا نطالب بتطبيقه، وهذا القول تم تأسيسه على مبدأ ثابت وهو أن العفو يعد انكارا للقانون وأنه أثبت عدم منفعته[2]، ومن أجل ذلك فإن العقوبة يجب أن تتناسب مع مقدار الضرر الذي ألحقه جرم الجاني بالمصلحة العامة، وقدم هذا الفقيه حلا استند إليه لتبرير موقفه، حيث اقترح ضرورة صياغة قوانين جديدة تغنينا عن العفو. [3]

ويشير الفقيه Barbeyrac Filangeri في أحد مقالاته: "إذا كان العفو عادلا، فالقانون سيء، وإذا كان القانون جيد، فالعفو هو انتهاك للقانون، ففي الحالة الأولى يجب الغاء القانون وفي الحالة الثانية يجب استبعاد العفو"[4]؛ بمعنى أنه لا يمكن التوفيق بين نظام العفو ونظام العقاب في نسق قانوني واحد، لأن وجود أحدهما يعارض وينفي وجود الآخر.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد لحق العفو عن العقوبة (الرد على الانتقادات)

برغم هذه الانتقادات الموجهة لنظام العفو عن العقوبة، إلا أنه يذهب الرأي الثاني إلى المناداة بتبني هذا النظام لما يقدمه من مزايا يؤسس عليها وتبرره ومنها: **أ/**العفو عن العقوبة وسيلة لتصحيح الأخطاء القضائية التي تكتشف في وقت لم يعد فيه الحكم قابلا للمراجعة

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص164.

[2]- عاجل عدنان عبيدات: المرجع السابق، ص303.

[3]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 169.

[4]- نقلا عن بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص 156.

بالطرق العادية أو غير العادية، وللتخفيف من صرامة القانون الجنائي بإسقاط العقوبات القاسية المحكوم بها كالإعدام والتي لم تعد تتلاءم مع تطور الظروف الاجتماعية وفقدت مبرر وجودها، أو لتحقيق العدالة والمساواة التي قد تحول دون تحقيقها النصوص القائمة وقت صدور الحكم على المتهم بالعقوبة، كما في حالة صدور قانون جديد يخفف من العقوبة بعد الحكم البات وبالتالي لا يستفيد منه من سبق الحكم عليه بالعقوبة المشددة.[1]

ب/العفو عن العقوبة له فائدة كبيرة للمجتمع، حيث يعد وسيلة لتشجيع المحكوم عليهم على تحسين سلوكياتهم، وبذلك يكسب المجتمع مواطنا صالحا بدلا من مجرم معتاد الإجرام ويرجع هذا الأساس إلى الفيلسوف Kant الذي ذهب إلى اعتبار أن العقاب إنما هو "وسيلة لإصلاح المجرم، ويتضمن أيضا ندما من المجرم على اقترافه السلوك الاجرامي، وهذا الندم هو دليل على أن للعقوبة هدفا أخلاقيا، فالأهداف الأخلاقية هي إحدى الأسس التي يرتكز عليها نظام العفو عن العقوبة".[2]

فالعفو وسيلة ضرورية لتحقيق الاستقرار الاجتماعي والحفاظ على النظام العام، كما أنه يعمل كعلاج لبعض الحالات التي تعجز عن علاجها السلطتين التشريعية والقضائية، فلا حرج منه مادام أن رئيس الدولة لا يستعمل سلطته تحكما وإنما يسترشد بذات الاعتبارات التي يأخذ بها المشرع أو القاضي فالعفو يصدر حين يقدر رئيس الدولة أن مصلحة المجتمع هي عدم تنفيذ العقوبة[3]، وذلك لما يفترض من تمتعه بحكمة تمكنه من معرفة كيفية اختيار المناسبات العامة، وقد برر الفقيه الكسندر هاملتون منح الرئيس حق العفو بقوله: "إن منح العفو في توقيت سليم قد يكون من شأنه الحفاظ على السكينة والنظام في المجتمع".[4]

وهذا المبرر كما يبدو يقوم على أساس اختلاف نظرة كل من الرئيس والقضاء، فالقضاء ينظر للجريمة من حيث توافر أركانها وقيام أدلة ثبوتها ويوقع العقاب على مرتكبها، وهي نظرة محدودة النطاق، بينما نظرة الرئيس واسعة للغاية تشمل المجتمع ككل، ويمارس

[1]- Pauline Tùrk: op. cit, p 520.

[2]- نقلا عن محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص170.

[3]- عاجل عدنان عبيدات: المرجع السابق، ص304.

[4]- نقلا عن يحي السيد الصباحي: المرجع السابق، ص 343 .

هذه السلطة بما يراه محققا لاستتباب الأمن والنظام في البلاد، وهو ما يمكنه من القيام بواجبه في رعاية تنفيذ القانون وهو ما قد يتعذر عليه إذا اختل الأمن والنظام في البلاد بسبب اضطراره لتنفيذ حكم جنائي يراه الرئيس مؤديا إلى هذا الاختلال إذا افترضنا عدم تمتعه بسلطة العفو.

ج/الطابع الاستثنائي للعقوبة لذلك فإنه لا يخل بالصفة اليقينية للعقوبة وليس لشخص أن يعول عليه كإجراء محتمل الحدوث[1]، وإذا كان المرء يعتقد أن كل نظام منصوص عليه في الدستور أو في القانون هو أمر محتمل الحدوث وليس هناك ما يمنع من حدوثه رغم طابعه الاستثنائي؛

د/قيام رئيس الدولة باعتباره الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية بإصدار قرار العفو ليس اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات لأن رئيس الدولة حينما يمارس حقه في إصدار العفو، ليس بوصفه رئيس السلطة التنفيذية وإنما باعتباره ممثلا للدولة في مجموعها وبكل سلطاتها ومن بينها السلطة القضائية وهو تنفيذ للاختصاصات المخولة له دستوريا، وهو الضامن لوحدة الدولة واستمراريتها والكفيل باحترام الدستور والحقوق الاساسية[2] ، كما أن هذا الانتقاد غير سليم من الناحية الموضوعية لأنه مبني على أساس شكلي خاطئ، إذ يفترض أصحابه بأن مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ جامد وهو تصور خاطئ وبالعودة إلى مفهومه الصحيح نستشف أنه مبدأ قائم على التعاون والتكامل بين جميع السلطات بطريقة مرنة. [3]

كما أن اختصاص السلطة القضائية يختلف عن اختصاص السلطة التنفيذية اختلافا يمليه الدستور، أكثر من ذلك فإن الواقع يثبت أن عمل السلطة التنفيذية لا يبدأ إلا بعد فراغ السلطة القضائية من عملها نهائيا، وبالتالي فإذا كان دور السلطة القضائية هو إصدار

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص217.

[2] Pauline Tùrk: op. cit, p 524.-

[3]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص168-169.

الأحكام فقط فإن دور السلطة التنفيذية يتمثل في ضمان تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنها.[(1)]

حق العفو ليس زعزعة لاستقلال القضاء، فهذا النقد ينطوي على مغالطة قانونية كبيرة أساء من خلالها أصحابها إلى الفهم الصحيح لآثار العفو لأن آثاره لا تنصرف إلى الحكم القضائي، وإنما الأحكام تبقى قائمة ومنتجة لأثارها القانونية، وما دام حق العفو لا يمس حكم الإدانة ذاته، بل يظل الحكم سليما منتجا لكافة الآثار المترتبة عليه، فمن ثم لا يشكل اعتداء على قوة الشيء المقضي به ولا يمحو الإدانة المنسوبة إلى المتهم من قبل السلطة القضائية وبالتالي لا يعتدي هذا النظام على استقلال القضاء وإنما يكمل عمله حين يخرج الأمر من حوزته.[(2)]

هـ/المؤسسات القانونية كالظروف المخففة ووقف التنفيذ والعفو الشامل احتمال نهاية للتقليل أو التخفيف من مجال تطبيق حق العفو عن العقوبة، ولكنها لا تزيل عنه كل فائدة على أساس أن الظروف المخففة ليست مطبقة على كل المخالفات، إذ ليس لها سوى أثر محدود في النطاق الجزائي وخاصة أنها لا تتيح الاعتماد إلا على أسباب تخفيف كانت معروفة قبل الحكم بالإدانة، وكذلك وقف التنفيذ إذ ليس له هو أيضا إلا مكانا ضيقا لأنه لا يمكن منحه إلا للجانحين المبتدئين ولبعض الإدانات حصرا، بالإضافة إلى أنه لا يكافئ سوى السلوك الحسن السابق لحكم الإدانة، كما أن وجود هذه الأنظمة السابقة لها أهميتها في النظام القانوني، ووجودها إلى جانب العفو لا تقلل من منافعه وقيمته، بل إن وجوده إلى جانب هذه الأنظمة ليحقق النتائج التي تعجز عن تحقيقها ومن هنا يظهر الدور المهم للعفو كمتمم للنظم وكمصحح للثغرات القضائية.[(3)]

وبناء على هذه الأسس، اعتبر العفو عن العقوبة من الأمور التي تقتضيها المصلحة العامة لما يترتب عليه من فائدة تعود على المجتمع بأسره، بالإضافة إلى المصلحة التي

[(1)]- سعيد بوشعير: **القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2000، ص72-89.

[(2)]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص172.

[(3)]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص221-222.

تعود على الجاني من وراء عدم عقابه والتي يكون من شأنها المساهمة في اصلاحه، ولذا فإن المنافع التي تعود على المجتمع من وراء عدم عقاب الجاني أكثر من المنفعة التي تعود من جراء إخضاعه للعقاب، هذا وقد حسمت كفة الخلاف هذا لصالح الرأي الأخير إذ نجد أغلب التشريعات المعاصرة تعطي سلطة إصدار العفو عن العقوبة لرئيس الدولة على غرار الدستور الفرنسي 1958 المعدل سنة 2008 قد نص في المادة 17 منه على أن "لرئيس الجمهورية الحق في منح العفو الفردي"، ويعتبر الدستور الجزائري أيضا من بين الدساتير التي اهتمت بهذا النظام القانوني وأخضعته للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية انطلاقا من المادة 46 من دستور 1963 مرورا بالمادة 13/111 من دستور 1976، وفي المادة 74 من دستور 1989، والمادة 7/77 من دستور 1996 حيث جاء في هذه المادة ما يلي" له حق إصدار العفو، وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها"، مع ملاحظة أن نص هذه الفقرة أن الصياغة القانونية واسعة وغير سليمة كان من المفروض إضافة لفظ العفو عن العقوبة تمييزا له عن العفو الشامل أو أي نظام آخر، لأن هذه الصياغة تشمل نظم أخرى تشبه العفو عن العقوبة ولكنها بعيدة عنه وهي تخرج عن نطاق الاختصاص المخول لرئيس الجمهورية في إطار السلطة التنفيذية، وتدخل في صميم اختصاص هيئات أخرى مكلفة بممارستها بموجب الدستور والمقصود بذلك العفو الشامل وهذا لا يصح قانونا لاختلاف النظامين، كما سبقت الإشارة إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، فعدم إدراج هذه العبارة تؤدي إلى توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية في ممارسة العفو، كما يجب الاكتفاء بالنص على المبدأ فقط أي عبارة له حق العفو عن العقوبة ولا داعي لإضافة كلمة تخفيض العقوبات أو استبدالها لأن مفهوم العفو عن العقوبة يشمل التخفيض والاستبدال والإلغاء الكلي أو الجزئي، ولذلك يبدو أنه يستحسن أن تكون المادة7/77 كما يلي: "له حق إصدار العفو عن العقوبة"، ولكن ألا يوجد تناقض بين استقلال السلطة القضائية والعفو عن العقوبة؟ لهذا نأمل أن تكون بداية إزالة هذا التناقض بالتضييق من سلطة رئيس الجمهورية في هذا المجال.

المبحث الثالث

شروط تطبيق العفو عن العقوبة وآثاره القانونية

لم ينظم المشرع الجزائري العفو عن العقوبة بنصوص خاصة في قانون العقوبات إلا ما ورد في الدستور كصلاحيات لرئيس الجمهورية المادة 7/77 من دستور 1996 دون قيد أو شرط، كما أنه حدد مؤخرا حق العفو عن العقوبة بموجب المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 92- 03 المؤرخ في 30- 09- 1992 المتعلق بمكافحة الإرهاب والتخريب، ولكن يبقى هذا التحديد غير كاف كونه يتعلق بنوع معين من الجرائم، أو ما ورد في قانون الإجراءات الجزائية حينما اعتبر المشرع في المادة 582 العفو عن العقوبة سببا في إسقاط الحق في العقوبة، وأيضا المادة 589 من نفس القانون التي تتحدث عن العفو عن العقوبة، ولكن من الأفضل أن يتم تقنين العفو عن العقوبة حتى يكون الرجوع إليه، إلا أن هذا النقص لا يمنع من تحديد الإطار القانوني الذي يمارس فيه حق العفو عن العقوبة والبحث عن الشروط والإجراءات وأثاره التي تتماشى وطبيعة هذا النظام والمتفق عليها فقها ووفقا للقواعد العامة والمبادئ الأساسية للعفو عن العقوبة، لهذا نتناول في هذا المبحث شروط العفو عن العقوبة في المطلب الأول وآثاره القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

شروط تطبيق العفو عن العقوبة

تجدر الإشارة إلى أن العفو كان يصدر سابقا بدون قيود أو شروط، غير أن الاتجاه الحديث في الوقت الحاضر يرمي إلى فرض بعض الشروط التي تهدف إلى مراقبة سلوك الشخص الذي عفي عنه وتكون هذه الشروط بمثابة التهديد له بإلغاء العفو إذا ما خالفها، وعليه يمكن القول بأن العفو يمكن الرجوع فيه عندما يثبت أن الشخص الذي اعفي عنه قد أخل بالشروط المطلوبة ويكون ذلك بحكم قضائي.

لذا أجمع الفقه المعاصر على أن العفو عن العقوبة يجب أن يتوافر لصدوره بعض الشروط، وقد قسم البعض هذه الشروط إلى شروط موضوعية وشروط شكلية وشروط ملائمة وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للعفو عن العقوبة

يقصد بالشروط الموضوعية كل ما يتعلق أساسا بالحكم الجزائي الذي صدر بالعقوبة وهي: **أولا–أن يكون الحكم جزائيا:** وهو قرار صادر عن محكمة تعبر من خلاله عن إرادتها في موضوع الدعوى العمومية، ولا يعرف العفو عن العقوبة حدودا تتعلق بقواعد الموضوع، فكل عقوبة جنائية يمكن أن تكون موضوعا للعفو مهما كانت طبيعتها، إلا أن الإشكال الذي يتبادر إلى الذهن هو مدى اعتبار الأوامر الجنائية متمتعة بطبيعة الحكم القضائي أم لا؟ فإذا كانت تتمتع بنفس خصائص الحكم القضائي جاز طلب العفو فيها، وإذا لم تكن كذلك وجب إبعادها عن نطاق العفو، والرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء هو أن "الأمر الجنائي الصادر عن القاضي يعتبر حكما جزائيا متى أصبح نهائيا وباتا وبالتالي يجوز طلب العفو فيه وبذلك يعتبر الأمر الجنائي في الحالتين عملا قضائيا.

ثانيا–أن يكون الحكم نهائيا: تذهب أغلب الأنظمة الدستورية إلى أن حق العفو لا يتم إلا بعد صدور حكم نهائي على المحكوم عليه أي غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن فهو لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، لأن المحكوم عليه إذا لجأ إلى طلب العفو عن حكم ابتدائي صدر بحقه وهو قابل للاستئناف، فيكون بذلك يطلب العفو عن جرم لم ينته النظر به بعد من السلطة القضائية النهائية، ويلاحظ أن الطعن المقبول الذي ينتج أثاره فيما بعد بتبرئة المتهم أفضل من العفو الذي جاء سابقا لأوانه، فضلا على أن هذا النوع من العفو يتعارض مع مبدأ استقلالية القضاء، وعليه فإنه من الأحسن أن يقتصر رئيس الجمهورية حين إصداره للعفو على الأحكام النهائية حفاظا على مصالح المحكوم عليه.[1]

إلا أن ما يميز حق العفو في الولايات الأمريكية أنه بإمكان الرئيس ممارسته وإصداره في أي وقت بعد ارتكاب الجريمة، سواء قبل اتخاذ الإجراءات القانونية أو اثنائها أو بعد الإدانة، أو بعد صدور الحكم ضد المتهم.[2]

---

[1]- غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية**، المرجع السابق، ص92-93.

[2]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 148.

ولا تكفي الصفة النهائية للحكم، بل يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ؛ أي ألا تكون آثاره قد أزيلت بالعفو الشامل أو برد الاعتبار القضائي للمحكوم عليه، والعلة في ذلك أن العفو عن العقوبة يرمي إلى توقي تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه فإذا انقضت العقوبة فلن تكون للمحكوم عليه مصلحة في طلب العفو خاصة وأنه لا يمحو حكم الإدانة، وبالمقابل فإن العقوبة إذا نفذت تنفيذا جزئيا فالعفو جائز، إذ للمحكوم عليه مصلحة في نيله ليتخلص من تنفيذ الجزء الذي مازال متبقيا من عقوبته.[1]

وهذه العلة غير متوفرة في العقوبات التي سقطت بالتقادم أو التي انقضت آثارها، أو الأحكام التي سبق تنفيذها من قبل، أو التي صدرت غيابيا لكون المحكوم عليه غيابيا لا يمكنه الاستفادة من العفو عن العقوبة أو الذي ألقي عليه القبض قبل سقوط العقوبة بمضي المدة، وهذا الوصف لا يصدق على المحكوم عليه غيابيا الذي هو في حالة تمرد وعصيان لقانون بلاده، وبالتالي فهو في غنى عن عفو رئيس الدولة.[2]

ويثار الإشكال حول ما إذا كان يستفيد من العفو عن العقوبة من صدر ضده حكم مع وقف التنفيذ أو استفاد من الإفراج الشرطي، يؤيد بعض من الفقهاء ومن بينهم الفقيه جارو هذه المسألة إذ يقول بإمكانية العفو عن العقوبة المحكوم بها مع وقف التنفيذ طالما أنها تنفذ إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة أخرى في مدة الإيقاف العقابي المحددة قانونا، لكن يعترض جانب آخر من الفقه على هذا الرأي بحجة أنه طالما أن الحكم جاء مشمولا بوقف التنفيذ فمن المنطق أن لانطبق العفو عن العقوبة، إلا حينما يزول نظام الإيقاف، وفي حالة زوال أثر وقف التنفيذ بالمدة المقررة قانونا فمن باب أولى استبعاد العفو.[3]

وعليه فمن كانت عقوبته موقوفة يعتبر أكثر حظا من المحكوم عليه بعقوبة نافذة وطالما أن التنفيذ لازال ساريا فلا مجال للعفو، وفي حالة تطبيق العفو على المحكوم عليه الذي استفاد من وقف التنفيذ فإنه تمنح له الفرصة للتهرب من العقوبة الموقوفة إذا ارتكب جريمة أخرى، ومتى كان الوضع كذلك فإنه لا يجوز استفادة المحكوم عليه بعقوبة مع وقف

---

(1)- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص233.

(2)- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 162.

(3)- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص214.

التنفيذ من نظام العفو لأن شرط وقف التنفيذ يعتبر الضمانة الأساسية التي تقيد المحكوم عليه من الرجوع إلى الإجرام.

ثالثا–أن يتضمن الحكم عقوبة نافذة: أي أن يكون المحكوم عليه قد أدين أو حكم عليه بعقوبة، فالمصاريف القضائية أو التدابير التأديبية، لا يمكن أن ينظر فيها عن طريق العفو[1]، فلا يكفي وجود حكم يقرر مسؤولية المتهم بإسناد الواقعة الإجرامية إليه ثم يصدر الحكم ببراءته نظرا لتوافر مانع من موانع المسؤولية لكن إذا كان الحكم القضائي لا يقرر عقوبة واقتصر على تدبير احترازي فقط، فهل يجوز طلب العفو؟ على الرغم من كون الإجابة صعبة، فإن القول بأن العفو جائز في التدابير الاحترازية يعني أنه لا فرق بين العقوبة والتدبير، أما إذا قبل عدم جوازه يكون الفرق بين العقوبة والتدبير قد تبين[2]، وهذا هو السليم لأن الحكم الصادر بتدابير احترازية تعتبر وسائل علاجية تصب في مصلحة المحكوم عليه وعليه فإن العفو عن العقوبة هو مصلحة للمحكوم عليه أيضا، ومن ثم لا يجوز رفضه ومن هذا الاعتبار لا يمكن طلب العفو عن التدابير الاحترازية.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للعفو عن العقوبة

من المتفق عليه أنه لمنح العفو عن العقوبة لابد له من مجموعة شروط شكلية يجب توافرها في طلب العفو، أهمها إجراءات تقديم طلب العفو ومواعيد ذلك إذا تطلب القانون ميعادا لها والطرف الذي يحق له تقديمه والجهة التي يقدم لها.

أولا–تقديم الطلب: ففي الغالب يمنح حق العفو عن العقوبة بناء على تقديم طلب فردي من المحكوم عليه شخصيا، ويمكن أن يكون أيضا من جهة أقاربه أو محاميه أو أي شخص آخر له مصلحة مادية أو أدبية، كالزوج أو الوالدين أو الأولاد كما أنه يجوز تقديم الطلب من وزارة العدل أو إدارة السجن نفسها متى كان سلوك المحكوم عليه جديرا بشموله بتلك الميزة[3]، ويجوز لرئيس الجمهورية بالمبادرة في منح العفو من تلقاء نفسه طبقا لفكرة الملائمة دون حاجة إلى تقديم طلب من المحكوم عليه، وهو ما يحدث عند العفو الجماعي عن بعض

---

[1]- غسان رباح: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، المرجع السابق، ص31.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص216.

[3]- غسان رباح: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، المرجع السابق، ص28.

المحكوم عليهم في مناسبات معينة، ولا يوجد نموذج خاص يحرر فيه طلب العفو، لهذا يثور التساؤل هنا هل يجوز تقديم طلب عن طريق وسائل الاعلام كالجرائد والتلفزيون وغيرها؟

ويجوز التوسل بكافة الأسباب في استعطاف رئيس الجمهورية لتدعيم الطلب مثل استقامة سلوك المحكوم عليه، أو مركزه العائلي ككونه عائلا لأطفال قصر، أو أن حالته الصحية لا تسمح بهذه العقوبة، وبالإضافة إلى صفة شكلية يتميز بها العفو عن العقوبة وهي أنه لا يكون جماعيا كأصل عام وإنما يصدر بمناسبة كل حالة على حده، ومع ذلك فقد جرى العمل على أن يكون العفو عن جانب من العقوبة جماعيا، ويكون ذلك في بعض الأعياد والمناسبات الوطنية، أما في حالة رفض طلب العفو عن العقوبة فيثور التساؤل حول المدة القانونية اللازمة لتجديده؟ في الراجح أنه في غير عقوبة الإعدام يمكن للمحكوم عليه أن يجدد طلب العفو عن العقوبة وتخضع المدة التي يعاد فيها الطلب حسب نوع العقوبة المحكوم بها، فإذا كانت العقوبة هي السجن المؤبد أو المؤقت لمدة عشرين سنة، فإن المدة القانونية اللازمة لتجديد طلب العفو عن العقوبة من طرف المحكوم عليه لا تكون إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ إبلاغ المحكوم عليه بقرار رفض طلبه للعفو، أما إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي السجن المؤقت، فلا يجوز تجديد طلب العفو إلا بعد مضي سنتين من تاريخ إبلاغ المحكوم عليه بقرار الرفض، أما إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الحبس، فلا يمكن تجديد طلب العفو إلا بعد انقضاء سنة كاملة من تاريخ إبلاغ المحكوم عليه بقرار رفض طلبه، أما فيما يتعلق بعقوبة الغرامة فإن طلب العفو بخصوصها يؤدي إلى وقف تنفيذها حتى يتم الفصل في الطلب إلا في حالات تسدد فيها الغرامة.[1]

ثانيا–الجهة التي يقدم لها الطلب: يتم توجيه الطلب الخاص بالعفو عن العقوبة بإرساله مباشرة إلى رئيس الجمهورية ووزير العدل، بحيث يتم تلقيه بواسطة مصالح رئاسة الجمهورية التي تقوم بعد ذلك بطلب معلومات كافية من وزارة العدل التي يتم ادراجها ضمن تقرير يقدم لرئيس الجمهورية، أما إذا أرسل طلب العفو إلى رئيس الجمهورية عن طريق وزير العدل فتقوم مصلحة الوزارة الخاصة بذلك بعرضه على لجنة العفو الموجودة على مستوى

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص222.

الوزارة التي تنحصر مهامها في جمع المعلومات اللازمة في تكوين الملف ثم إعداد تقرير شامل عن أسباب ودوافع صدور الحكم ويلاحظ أن دورها تقني فني إلا أنه من الناحية العملية يتضح بأن التقرير الذي تعده اللجنة يؤثر كثيرا على قرار رئيس الجمهورية، كما أن المجلس الأعلى للقضاء يبدي رأيه في جميع طلبات العفو عن العقوبة بموجب المادة العاشرة من النظام الداخلي للمجلس ثم يحول الملف إلى رئيس الجمهورية ليفصل فيه.[(1)]

لقد انقسم الفقه الدستوري حول كيفية ممارسة رئيس الدولة لحق العفو، إذ ذهب جانب منه إلى أنه حق شخصي يمثل امتيازا سياسيا، فلا يتوقف استعماله على استشارة أحد، لكن هذا الرأي متناقض في أجزائه لأن العفو إذا كان حقا شخصيا للرئيس فما الداعي لتوقيع الوزير ورئيس الوزراء عليه، ويحاول بعض الفقهاء الدفاع عن الرأي السابق بحجة أن توقيع الوزير المختص ورئيس الوزراء على أمر العفو لا يتناقض مع كون هذا الحق حقا شخصيا للرئيس، لأن الرئيس يوقع على المراسيم التي تصدر استنادا للدستور، لكن هذا الدفاع عن الرأي السابق غير سليم حيث ذهب رأي الأغلبية إلى وجوب صدور العفو بمرسوم يوقعه رئيس الدولة والوزير، وبذلك يكون الوزير مسئولا عن العفو أمام البرلمان؛ ومعنى ذلك أن العفو ليس حقا للرئيس وإنما يعتبر من الحقوق التي يمارسها الرئيس بواسطة وزرائه.[(2)]

وهناك من التشريعات التي تشترط التوقيع المجاور من وزير العدل المختص على طلب العفو عن العقوبة قبل توقيع رئيس الدولة لما له من مسؤولية كبيرة في حالة ظهور نتائج سلبية، ومن هذه التشريعات الدستور الفرنسي الحالي 1958 فحسب نص المادة 17 المعدلة في 23 جويلية 2008 يتمتع الرئيس الفرنسي بحق العفو بصفة فردية باعتباره من الحقوق الخاصة به، ويعتبر جانب من الفقه الفرنسي هذا الحق "امتيازا ذاتيا لرئيس الدولة لا يقبل التفويض صراحة أو ضمنا، واستخدامه لا يمكن أن يكون موضوع مراجعة قضائية وهو يخضع للتوقيع الوزاري الإضافي حتى ولو كانت الممارسة تعتبر هذا التوقيع آليا".[(3)]

[(1)]- المرجع نفسه، ص223-224.

[(2)]- محمد كامل ليلة: **القانون الدستوري**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967، ص470 .

[(3)]- نقلا عن أحمد سعيفان: المرجع السابق، ص163.

لكن المشرع الفرنسي أقر المسؤولية الوزارية على قرار العفو الرئاسي؛ بمعنى أن الرئيس لا يصدر قرار العفو بمفرده، بل يجب عليه استشارة بعض الوزراء الذين حددهم القانون وهم: الوزير الأول ووزير العدل، ولا يتوقف الأمر عند مجرد أخذ الرأي فقط، بل إنهم يوقعون على مرسوم العفو بجانب توقيع رئيس الدولة وهذا حسب المادة 19 من دستور 1958، كما أن رئيس الدولة كان ملزما دستوريا باستشارة وأخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء في قرار العفو عن العقوبة بالنسبة لعقوبة الاعدام[1]، هذا الأخير يصدر آراءه بناء على توصية وزير العدل وبعد تقرير من قبل أحد أعضائه المعينين بمرسوم يصدر عن رئيس الدولة.[2]

ونلاحظ هنا أنها مجرد استشارة لا تتمتع بأية صفة إلزامية، وبالتالي، فقد يأخذ بها الرئيس الفرنسي أو يرفضها، وإذا كان رئيس الدولة لا يعارض تقليديا الآراء التي يعطيها المجلس الأعلى، فإنه في الواقع ليس مقيدا بها، وفي هذا المقام يرى الأستاذ Bernard Chantebout أنه "كان من المستحسن لو أن التعديل الدستوري الفرنسي وضع لجنة مختصة بالفحص لإقرار هذا الحق".[3]

أما الدستور الأمريكي في المادة الثانية منه فيشترط لمباشرة الرئيس الأمريكي سلطة العفو شرطان أولهما أن تقترف الجريمة ضد قوانين الاتحاد ومهما كانت درجة جسامتها، بحيث إذا كانت موجهة ضد إحدى الولايات تكون سلطات الولاية هي المختصة بالنظر في طلب العفو، وثانيهما ألا تكون الجريمة قد اتخذت بشأنها اجراءات المحاكمة الجنائية أمام الكونغرس عند ممارسته لسلطته في المحاكمة البرلمانية فقط لا غير، فلا يتمتع الرئيس إزاءها بسلطة العفو، ويقوم بإحالة الحالات التي بالإمكان أن يشملها العفو إلى وزير العدل لبحثه والاطلاع على ملابساتها، ثم يقوم بإعداد تقريره النهائي ورفعه للرئيس، وقد اعترفت

---

[1]- لقد تم تعديل الدستور في 23 فيفري 2007 رقم 2007-239 وبمقتضاه تم إلغاء عقوبة الإعدام بموجب المادة 66 مكرر والتي تنص على أنه "لا يجوز مطلقا الحكم بعقوبة الاعدام"، وبالتالي لم تعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء ملزمة فيما يتعلق بممارسة رئيس الجمهورية لحق العفو.

[2]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 149.

[3]- نقلا عن كريمة رازق بارة: **حدود السلطة التنفيذية**، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2011، ص105.

المحكمة الاتحادية العليا للرئيس بسلطة العفو وتوسعت في تفسير هذه السلطة لدرجة أنها جعلتها تشمل العفو الشامل، والذي يرد على الجريمة ذاتها وهو العفو الذي لا يصدر في الدول الأخرى إلا بناء على قانون صادر من الكونغرس وبذلك يكون النظام الأمريكي قد خالف معظم الأنظمة العالمية في هذا الصدد لأنه لا يقصر سلطة الرئيس على العفو الوارد على العقوبة فقط، وإنما يسحبها أيضا على العفو الوارد على الجريمة.[1]

وإذا كان الرئيس الأمريكي لا يستعمل سلطته في إصدار العفو إلا في حالات نادرة- لا تزيد على حالة واحدة كل سنة- فإن هناك حالات شهيرة لممارسة الرئيس لهذه السلطة أهمها، عفو الرئيس جيمي كارتر عام 1977عن منتهكي قوانين الخدمة الإلزامية خلال حرب فيتنام، وعفو الرئيس رونالد ريجان1981عن مسؤولين سابقين في مكتب التحقيقات لاقتحام أماكن بوجه غير شرعي.[2]

إلا أن هذا غير موجود في التشريع الجزائري لأن سلطة ممارسة رئيس الجمهورية لحق العفو مطلقة غير مشروطة بأي شرط ماعدا ما جاءت به المادة 156من دستور 1996على أن "يبدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا قبليا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو"، وبذلك يكون رئيس الجمهورية مقيد بضرورة استشارة المجلس الأعلى للقضاء قبل إصداره للعفو، لكن كيف يستشير رئيس الجمهورية هيئة دستورية وهو يتربع على رئاستها بموجب المادة 154 من الدستور مما يعني أن الاستشارة الواردة في المادة 156 ليس لها أي طابع إلزامي من الناحية القانونية، بل هي مجرد رأي يسترشد به الرئيس وهو غير ملزم بمضمونه.

الفرع الثالث: شرط الملائمة للعفو عن العقوبة

يرتكز العفو عن العقوبة على هذا الشرط لأن رئيس الجمهورية قبل أن يمارس حق العفو يدرس أولا مدى ملائمته وذلك مراعاة للمصلحة العامة، فإذا ارتأى رئيس الجمهورية أن

---

(1)- سعيد السيد علي: **حقيقة الفصل بين السلطات**، المرجع السابق، ص352.

(2)- لويس فيشر: المرجع السابق، ص22.

منح العفو لا يتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة يوافق عليه، أما إذا رأى غير ذلك فيرفضه.

أولا–تحديد فكرة الملائمة: تتلخص فكرة الملائمة في ضرورة أن يكون العفو عن العقوبة ابتغاء مصلحة فردية وجماعية داخل الدولة، أو أن يكون عائد العفو أفضل بالنسبة للمجتمع من عائد العقوبة[1]، ولكن قد تكون مصلحة بقائه داخل المؤسسة العقابية أنفع للمجتمع، ومن هنا تثور فكرة الملائمة وإذا رجحت مصلحة العفو عن المحكوم عليه وتأكد أن منفعتها للمجتمع خير من بقائه في المؤسسة جاز استفادته من العفو، وفي الحالة العكسية إذا ما ارتأى أنه الملائم بقائه في المؤسسة لما في ذلك من نفع للمجتمع لا يمكن إقرار العفو في هذه الحالة.

وعلى هذا الأساس، فإن رئيس الجمهورية يتمتع بسلطة واسعة في تقدير فكرة الملائمة في ممارسة العفو عن العقوبة، طالما أنه القاضي الوحيد الذي لا يخضع في تقديرها لأي جهة سوى ما تمليه ضرورة المصلحة العامة، إلا أنه يتقيد بالقيود القانونية كأن تكون العقوبة المستبدلة من العقوبات المنصوص عليها قانونا، ولا يجب أن يستبدلها بعقوبة إدارية لأن ذلك يخالف مبدأ تدرج العقوبات.

ثانيا–عناصر فكرة الملائمة: تقوم فكرة الملائمة على جملة من العناصر أهمها شخصية المحكوم عليه، وعلى هذا الأساس، فإن العفو لا يكون إلا بعد التعرف على سلوك المحكوم عليه وسيرته حين تواجده في المؤسسة العقابية وسوابقه العدلية، وكل هذه المعطيات تساعد رئيس الجمهورية حين اضطلاعه بممارسة العفو في تقدير مدى الملائمة من عدمها، وبالرجوع أيضا إلى خطورة الفعل ونوع الجريمة فكلما أثرت سلبا على كيان المجتمع يكون تفادي العفو أحسن من منحه.

---

(1)- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 162.

ومن أسباب الملائمة لمنح العفو هو مراعاة طبيعة العقوبة ومقدارها حتى لا يحدث خلل في تطبيق التخفيف أو الاستبدال وتتحقق المساواة بين المحكوم عليهم ويراعى في ذلك العقوبات السالبة للحرية والمقيدة لها، وجنس المحكوم عليه وسنه. [1]

المطلب الثاني:
الآثار القانونية المترتبة على العفو عن العقوبة

يجدر التذكير بأن العفو عن العقوبة يتعلق بالعقوبة الصادر بها حكم وقبل أن تنقضي، فإذا انقضت فليس عند ذلك مصلحة للمحكوم عليه في العفو، وعلى اعتبار أن تنفيذ العقوبة يتعلق بالنظام العام فإن العفو عنها ينفذ جبرا ولا يمكن الاعتراض عنه وتنحصر آثار العفو عن العقوبة في الآثار الجزائية والآثار التأديبية والآثار المدنية ونتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: الآثار الجزائية للعفو عن العقوبة

وتتحدد الآثار الجزائية للعفو عن العقوبة وفقا لقاعدتين أساسيتين وهما الإعفاء من تنفيذ العقوبة(أولا) والإبقاء على حكم الادانة(ثانيا):

أولا-الإعفاء من تنفيذ العقوبة: الأثر الفوري والمباشر للعفو عن العقوبة هو انقضاء التزام المحكوم عليه بتنفيذ العقوبة المعفو عنها وسقوطها، وفي تأصيل أساس انقضاء هذا الالتزام برز اتجاهان الأول: واقعي يحلل العفو عن العقوبة بوصفه إسقاطا للعقوبة مبنيا على التسامح، والثاني: نظري وحكمي وينظر إليه كنوع من إبراء الذمة أو التنفيذ الحكمي للعقوبة، فالعفو عن العقوبة وفقا للتحليل الثاني يعادل تنفيذها حكما. [2]

وقد تبنى المشرع الجزائري الاتجاه الثاني في موضعين، فالمادة 582 من قانون الاجراءات الجزائية تنص على أن "كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر.

---

[1]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص217-219.

[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 198.

غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل العفو عنها"، ويقصد العفو عن العقوبة.

فالعفو عن العقوبة أو جزء منها يعتبر تنفيذا صوريا لها وهذا يتماشى أيضا مع نص الفقرة الأخيرة من المادة 677 من نفس القانون التي تنص على أن "كما أن الإعفاء الكلي أو الجزئي من العقوبة بطريقة العفو يقوم مقام تنفيذها الكلي أو الجزئي"، وكما سبقت الإشارة فإن العفو عن العقوبة يكون على ثلاثة أوجه، فإما اسقاط الالتزام بتنفيذ العقوبة كلها عن المحكوم عليه، مما يستلزم الافراج عنه، وإما اسقاط جزء من العقوبة المحكوم بها فقط، فلا ينفذ على المحكوم عليه هذا الجزء الذي شمله العفو ويلزم بتنفيذ الباقي الذي لم يشمله العفو، وإما أن يستبدل الالتزام بتنفيذ عقوبة أخرى أخف منها، فيسقط التزام المحكوم عليه بتنفيذ العقوبة المحكوم بها وينشأ التزامه بتنفيذ العقوبة الأخف التي يحددها قرار العفو، ولكن يجب أن تكون العقوبة الجديدة المستبدلة منصوصا عليها في قانون العقوبات احتراما لمبدأ قانونية العقوبة ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يستحدث عقوبة ويقررها على المحكوم عليه أو أن يعدل في أسلوب تنفيذ العقوبة كجعل وسيلة تنفيذ الإعدام أخرى غير الرمي بالرصاص، إذ يكون ذلك تغييرا في القواعد القانونية التي تخضع لها العقوبة وهو مالا تملكه سلطة العفو.[1]

وتقدير شدة العقوبة في حالة استبدالها بغيرها من العقوبات الأخف منها هي مسألة الملائمة التي هي من صلاحيات رئيس الدولة لا يتقيد بضرورة أن تبدل العقوبة بالعقوبة التالية لها مباشرة، فمادام الرئيس يملك الإعفاء من العقوبة كلها فإنه يكون له أن يبدلها بغيرها من العقوبات الأخف، دون أن تكون العقوبة الأخف هي التالية للعقوبة الأولى وذلك مادام أن العفو قد تضمن هذه العقوبة الجديدة وإذا كان العفو جزئيا يخصم الجزء الذي أعفي منه المحكوم عليه من تنفيذه، وإذا استغرقت المدة التي أعفي منها المحكوم عليه ما تبقى من العقوبة يفرج عنه، وإذا كان الجزء المعفى منه أقل من مدة العقوبة تخصم المدة المعفى عنها

---

[1]- المرجع نفسه، ص 191.

ويبقى المحكوم عليه ينفذ بقية العقوبة، أما إذا كان العفو بالاستبدال، فإن العقوبة تخصم المدة المعفى منها ويبقى المحكوم عليه ينفذ بقية العقوبة، أما إذا كان العفو باستبدال العقوبة فإن العقوبة الجديدة المستحدثة تحل محل العقوبة القديمة المحكوم بها من طرف المحكمة[1]، ولكن ما هو الحكم إذا لم ينص مرسوم العفو عن العقوبة الأخف التي تطبق؟

لقد ذهب البعض إلى أن العقوبة التي تطبق إنما هي العقوبة التالية مباشرة للعقوبة التي جرى العفو بشأنها؛ فهي التي تنفذ بحق المحكوم عليه، وعلى ذلك فتبدل عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بالمؤقتة والأشغال الشاقة المؤقتة بالسجن، والسجن بالحبس.[2]

وذهب رأي آخر إلى أنه ليس في الأمر صعوبة، ففي غالب الأحوال ينص مرسوم العفو على العقوبة الأخف وهنا يحق أن يستبدل بأية عقوبة أخرى مهما كانت درجة العقوبة بشرط أن تكون من العقوبات التي قررها القانون.[3]

ويترتب على اعتبار العفو عن العقوبة معادلا لتنفيذها نتيجة هامة تتعلق بحالة تعدد العقوبات ضد المحكوم عليه والتي لم يتم ضمها فأي من هذه العقوبات هي المشمولة بالعفو؟ وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في حالة التعدد الحقيقي للجرائم يكون العفو الحاصل عن العقوبة الأشد معادلا لتنفيذ هذه العقوبة، ومن ثم تستمر العقوبة الأخف مستغرقة في العقوبة الأشد التي تعتبر منفذة كما لو لم يكن قد صدر أي عفو في شأنها ولا يصح العودة إلى تنفيذ العقوبة الأخف.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/35 من قانون العقوبات بأنه "إذا صدرت عدة أحكام سالبة للحرية بسبب تعدد المحاكمات فإن العقوبة الأشد وحدها هي التي تنفذ".

ثانيا-الإبقاء على حكم الادانة: يتميز العفو عن العقوبة بأن تأثيره يتعلق بالعقوبة ولا يمس الحكم المنطوق به والقاضي بالإدانة رغم صدور مرسوم العفو، حيث يظل حكم الإدانة قائما ومسجلا على المعفى عنه إجرامه السابق، ونتيجة لذلك فإن هذا الحكم ينتج جميع أثاره

---

(1)- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص392.

(2)- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 195.

(3)- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص391.

القانونية عدا صلاحيته لأن يكون سندا لتنفيذ العقوبة المعفى عنها، وما دام العفو عن العقوبة لا يمس الحكم ذاته، فمن ثم لا يشكل العفو اعتداء على حجية الأحكام القضائية ولا على مبدأ الفصل بين السلطات، والقول بأن العفو عن العقوبة يبقي حكم الادانة تترتب عليه نتائج مهمة منها: أ/لا يمس العفو ما قضى به الحكم في الدعوى المدنية؛

ب/كما لا يستفيد من ظروف التخفيف ووقف التنفيذ في دعوى لاحقة، ويحتسب كسابقة ويطبق عليه التشديد في حالة ارتكاب المستفيد من العفو جريمة جديدة.[1]

ج/يستمر تسجيل الحكم في صحيفة السوابق القضائية ويذكر فيها طبيعة الجريمة المرتكبة ونوع ومدة العقوبة المحكوم بها، فالقرار الصادر بالعفو عن العقوبة لا يمس الحكم المنطوق به رغم استفادته من العفو من العقوبة، بل يعدل فقط من العقوبة بتخفيفها أو استبدالها، كما جاء في المادة 626 من قانون الاجراءات الجزائية "يقوم كاتب محكمة محل البلاد أو رجل القضاء المنوطة به صحيفة السوابق القضائية المركزية بمجرد استلامه قسيمة التعديل المنصوص عنها في المادة 627 بقيد البيانات الآتية على القسائم رقم 1: –العفو واستبدال عقوبة بأخرى أو تخفيضها.

–قرارات الافراج بشرط الغاء قرارات تنفيذ العقوبة.

–رد الاعتبار المتعلق بالأحكام الخاصة بالاعتقال.

–القرارات الخاصة بإلغاء أو ايقاف اجراءات الابعاد.

ويذكر الكاتب فضلا عن ذلك تاريخ انتهاء العقوبة وتاريخ سداد الغرامة".

وتبرير ذلك أن نظام العفو عن العقوبة إنما قرر رأفة بالمحكوم عليه وليس نسيانا لها كما أن العفو عن العقوبة يمس العقوبة ولا يؤثر على الصفة الجنائية للفعل، بل يبقى الفعل مجرما والإدانة واقعة ثابتة ولو استفاد المحكوم عليه من الإفراج لانقضاء مدة العقوبة بالعفو الصادر في حقه.[2]

---

[1]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 196-199.

[2]- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص391.

والجدير بالذكر أن أثر العفو عن العقوبة يقتصر على العقوبة الأصلية وحدها ولا يتعداها إلى غيرها من العقوبات الأخرى التكميلية والتبعية، وكافة الآثار الجنائية المترتبة على الحكم إلا إذا وجد نص صريح في مرسوم العفو ينص عليها، وعلى ذلك، فإن قرار العفو هو الذي يحدد نطاق تطبيقها، وعلة ذلك أن وجود هذه العقوبات مرتبط بوجود حكم الإدانة والعفو عن العقوبة لا يمحوه.[1]

ولئن اتسع العفو لسائر العقوبات الأصلية والتكميلية والتبعية فإن مناط ذلك هو العقوبات الأصلية التي تنصرف إلى زجر الجاني وتحمل معنى الجزاء الجنائي الذي يستحقه من جراء جريمته، فلا يمتد إلى التعويضات والمصاريف، فهذه لا تحمل معنى الجزاء بقدر ما تحمل معنى جبر الضرر الذي أحدثته الجريمة، وكذلك لا يمتد إلى التدابير الاحترازية وإجراءات الأمن لأنها تهدف إلى تهذيب الجاني وحماية المجتمع من خطورته إذا كانت لديه خطورة إجرامية.[2]

إن أثر العفو يقتصر إذن على العقوبات الأصلية وحدها، لكن إذا لم يبين قرار العفو مصير العقوبات التبعية والتكميلية وبالتالي يثار التساؤل عن حكم هذه العقوبات وما إذا كانت تبقى نافذة على الرغم من العفو أم أنها تلحق بالعقوبات الأصلية؟ فرقت وزارة العدل الفرنسية في هذا الشأن بين العقوبات التبعية التي تلحق حكم الادانة بقوة القانون وبين العقوبات التكميلية التي يتعين النص عليها في الحكم، وذهبت إلى أن الأولى تظل سارية مالم يقض قرار العفو بغير ذلك، بينما يشمل العفو العقوبات التكميلية المقضى بها دون حاجة للنص على ذلك في قرار العفو.[3]

والخلاصة أن أثر العفو عن العقوبة في التشريع الفرنسي يقتصر على العقوبة الأصلية فقط دون العقوبة التكميلية والتبعية، وقد حاول بعض الفقه التفرقة بين العقوبات السالبة للحرية المتعلقة بالحبس فهذه يشملها العفو، أما عقوبة المنع من الإقامة هي عقوبة تكميلية لا يحكم بها مستقلة عن العقوبة الأصلية، فلا تمتد إليها أثار العفو إلا بنص صريح، بينما

[1]- ماهر عبد المجيد عبود: المرجع السابق، ص230.

[2]- محمد ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 198.

[3]-محمد ناجي صالح المنتصر المرجع السابق، ص 186.

التشريع الجزائري لم يشر إلى الآثار التي تترتب على العفو عن العقوبة، كما فعلت بعض التشريعات الجزائية وإزاء ذلك يبدو أن مرسوم العفو يتعلق بالعقوبة الأصلية فقط ولا يترتب عليه سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الآثار الجزائية الأخرى ولا يؤثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات مالم ينص مرسوم العفو على غير ذلك، أما تدابير الأمن فقد نص عليها قانون العقوبات في المادة21 المعدلة على أن "الحجر القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية هو وضع الشخص بناء على أمر أو حكم أو قرار قضائي في مؤسسة مهيأة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكابه الجريمة أو اعتراه بعد ارتكابها.

يمكن أن يصدر الأمر بالحجز القضائي بموجب أمر أو حكم أو قرار بإدانة المتهم أو العفو عنه أو براءته أو بانتفاء وجه الدعوى غير أنه في الحالتين الأخيرتين يجب أن تكون مشاركته في الوقائع المادية ثابتة.

يجب إثبات الخلل العقلي في الحكم الصادر بالحجز القضائي بعد الفحص الطبي.

يخضع الشخص الموضوع في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية لنظام الاستشفاء الاجباري المنصوص عليه في التشريع الجاري به العمل، غير أن النائب العام يبقى مختصا فيما يتعلق بمآل الدعوى العمومية".[1]

وهذه التدابير هدفها علاجي وقائي أكثر منه ردعي وعقابي.

الفرع الثاني: الآثار التأديبية للعفو عن العقوبة

الجريمة التأديبية هي "كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل ويجافي واجبات منصبه".[(2)]

فالفعل الواحد يمكن أن يشكل جريمة جنائية وتأديبية في نفس الوقت مثال ذلك افشاء السر المهني وسرقة الأموال العامة؛ وقد يكون جريمة جنائية ولا يشكل جريمة تأديبية كالقتل الخطأ، وهناك الأخطاء التأديبية والتي لا يمكن أن تشكل جريمة جنائية كالتأخر في

(1) -معدلة بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم 84.

(2)- عادل عبد ابراهيم: المرجع السابق، ص398.

الحضور إلى مكان العمل فإذا كان الفعل لا يكون سوى جريمة جنائية فان معاقبة الموظف المرتكب للجريمة بالحبس يعني وقفه عن العمل وبإمكانه العودة إلى ممارسته بعد تنفيذ العقوبة، وفي حالة كون الفعل جريمة تأديبية فقط فالعقوبة التأديبية لا تؤثر على الموظف، ولكن الصعوبة تكمن في حالة كون الفعل جريمة جنائية وتأديبية في نفس الوقت، لهذا يثور التساؤل هنا هل يمحو مرسوم العفو العقوبة التأديبية ويكون من حق المعفى عنه العودة إلى ممارسة وظيفته التي فقدها نتيجة لصدور الحكم الجزائي عليه؟ لقد ثار جدل كبير في أوساط الفقه الغربي حول تطبيق العفو على الجريمة والعقوبة التأديبية وانقسم إلى وجهتي نظر، أحدها يعترض على سريان العفو في المجال التأديبي، أما وجهة النظر الثانية فتذهب إلى سريانه فيه، وعليه سنحاول استعراض الأسس والحجج التي يقوم عليه كل رأي:

أولا–الاتجاه الرافض لسريان العفو في المجال التأديبي: يرى أنصار هذا الرأي بعدم سريان العفو على الجريمة والعقوبة التأديبية مؤسسين رفضهم على الحجج التالية:

أ/الهدف من صدور قرارات العفو من طرف من طرف رئيس الدولة هو إعفاء الموظفين من تنفيذ العقوبات الجنائية دون إعفائهم من تنفيذ العقوبات التأديبية، حيث أن استفادة الموظف من مثل هذه القرارات مقصور على العقاب الجنائي دون العقاب التأديبي بحيث يظل هذا الأخير قائما واجب النفاذ؛

ب/يسري في مجال تطبيق العقوبات الجنائية على الجرائم في القانون الجنائي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص بحيث تكون العقوبات محددة سلفا، الأمر الذي لا يمكن القول به في المجال التأديبي، إذ يستحيل معرفة الأفعال الموجبة للعقوبات التأديبية سلفا وبالتالي يكون من الصعوبة سريان العفو على العقوبات التأديبية؛

ج/إن الهدف من توقيع الجزاءات التأديبية هو الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام وتنبيه الموظف إلى أخطائه التي تسيء إلى مركزه القانوني داخل الجماعة الوظيفية وبالتالي فإن تطبيق العفو في هذا المجال سيخالف هدف التأديب، كما أن الجزاء التأديبي لا يصل إلى جسامة العقوبة الجنائية ولا يمكنه جبر الضرر الذي سببه الموظف، وبالتالي لا يحقق

ذات الأهداف التي تحققها العقوبة الجنائية، فما الحكمة من تطبيق العفو في مجال التأديب إذا كان لا يؤدي نفس المنفعة في الجانب الجنائي؟ [1]

ثانيا-الاتجاه المؤيد بسريان العفو في المجال التأديبي: يرى أنصار هذا الرأي بتأييد سريان العفو في مجال الجريمة والعقوبة التأديبية وذلك لجملة من الأسس والتبريرات نذكر منها: أ/لا مجال لإعمال العفو عن العقوبة في المجال التأديبي وإثقال كاهل رئيس الدولة به، طالما أن هناك طرق عديدة للتخلص من العقوبة التأديبية إلا أن الأمر وإن كان صحيحا حينما تكون العقوبة قد تم فرضها من الجهاز الإداري فقط، فإن الأمر يختلف إذا كان تم فرضها بواسطة محاكم إدارية فلا يجوز إلغاؤها إلا بواسطة العفو؛

ب/عدم صحة التسليم بفكرة الاستقلال المطلق بين المجال التأديبي والمجال الجنائي والتي يعني عدم سريان العفو على المجال التأديبي، إذ لا يمكن أن نتنكر للعلاقة بين القانون الجنائي والقانون الإداري باعتبارهما فرعين من القانون العام والتأثير بينهما متبادل ومنطقيا فلماذا يتمتع المجرم في القانون الجنائي بالعفو، بينما يحرم منه الموظف المذنب فقط لا لشيء إلا لاختلاف الجهة الموقعة للعقوبة.[2]

وبعد استعراض حجج الرافضين والمؤيدين لسريان العفو على المجال التأديبي من عدمه يبدو أن الأقرب إلى الصواب هو الاتجاه المؤيد لأنه لو أمعنا النظر من الناحية الدستورية لوجدنا أنه لا يجب تقييد ذلك الحق الدستوري بسريان العفو في مجال دون الآخر نظرا لأنه يخالف الصلاحية الدستورية المطلقة لرئيس الدولة، ويؤدي أيضا إلى حرمان رئيس الدولة من الممارسة الكاملة لحقه في العفو، كما أنه من جهة أخرى أن نظام العفو نظام انساني ينطوي على جانب كبير من التسامح وفيه مصلحة كبيرة للمجتمع وبالتالي، فإن الجانب الوظيفي في المجتمع مهم ولا يمكن أن نحدث شرخا بين الجانب الجزائي والتأديبي فيه.

---

[1]-بوراس عبد القادر المرجع السابق ، ص410 -412 .

[2]- المرجع نفسه، ص414-415.

وهو نفس موقف التشريع الجزائري، حيث أقر صراحة بسريان العفو في المجال التأديبي، فبالرجوع الى الدستور يمكن الاستفادة من عمومية النص، فالبناء اللغوي التي جاءت فيه العبارات الخاصة بتقرير العفو كان على سبيل الاطلاق ولم تخصص سريانه على مجال دون آخر، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن المقصود منها أن العفو يمكن أن يسري على المجال التأديبي أيضا، فلا يجوز حصرها على المجال الجنائي فقط حتى تصبح على هذا النحو الجرائم والعقوبات الجنائية هي وحدها التي يمكن العفو عنها، كما أقر سريان العفو على المجال التأديبي بموجب المادة 25 من قانون السلم والمصالحة الوطنية[1]، والتي تنص على أنه "لكل من كان موضوع اجراءات إدارية للتسريح من العمل قررتها الدولة بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية في إطار المهام المخولة لها الحق في إعادة إدماجه في عالم الشغل أو عند الاقتضاء في تعويض تدفعه الدولة في إطار التشريع المعمول به".

الفرع الثالث: الآثار المدنية للعفو عن العقوبة

بما أن ارتكاب الجريمة يعد فعلا غير مشروع، فانه يستوجب المسؤولية المدنية فيما لو سبب ذلك الفعل ضررا للغير، وبالنسبة لمرسوم العفو عن العقوبة، فما هو تأثيره على الدعوى المدنية؟

لم يبن المشرع الجزائري ما يترتب عليه بالنسبة للادعاء بالحقوق المدنية، "ولكن يمكن القول بأن مرسوم العفو عن العقوبة يعفي بالتأكيد من تنفيذ كل العقوبات المالية والجسدية القابلة للتنفيذ المادي فيبقى للمجني عليه الذي تضرر من الجريمة والذي استفاد صاحبه من تخفيف العقوبة دون إزالة الجريمة الحق في طلب التعويض من المحكوم عليه جبرا للضرر الذي أصابه طبقا للقاعدة المنصوص عليها في المادة 124 المعدلة من القانون المدني الجزائري التي تنص على "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2]، لأن الغير سيتضرر من قرار العفو الذي جاء بوقف تنفيذ العقوبة.

(1)- الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 28 فيفري 2006 العدد 11 المتضمنة تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

(2)- عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

كما أن العفو عن العقوبة لا يؤثر على حقوق الغير المترتبة على الجريمة، بل تظل قائمة كما أثبتها الحكم في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من الجريمة، لأن التعويض نظام مدني لا شأن له به، فيجوز أن يكون محلا للنزول من قبل الدائن به ولكن لا يجوز أن يكون محلا لعفو السلطات العامة، كذلك لا أثر للعفو على الغرامات التي تنشأ بالنسبة للأضرار وفي المقابل فالعفو عن العقوبة يمكن أن يطبق فيما يتعلق بالغرامات المدنية. [1]

ومن حقوق الغير أيضا الغرامات المستحقة الدفع للخزينة العامة تعويضا عاما لحق المجتمع من ضرر، وقد يكون التعويض هو الوسيلة الوحيدة لجبر الضرر، كما يمكن أن يكون نشر الحكم في جريدة هي الوسيلة الممكنة لجبر الضرر وقد يكون بوسائل أخرى فمثلا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها المحكوم عليه بعقوبة شائنة ولئن كان قد صدر قرار بالعفو عن عقوبته، ويمكن أن يمنح العفو عن العقوبة ولو لم يتم دفع التعويضات المدنية ولا يمكن للغير أن يعترض على استفادة المحكوم عليه من العفو حتى يتم دفع التعويض عن الضرر. [2]

أما بالنسبة للغرامة المالية ونظرا للطبيعة المزدوجة لها باعتبارها تعويضا عن الضرر الذي لحق الخزينة العامة من جهة وعقوبة من جهة أخرى، فإنها هي أيضا مستبعدة من آثار العفو ومن ذلك الغرامات المقررة لصالح إدارة الضرائب والجمارك، إلا إذا نص قرار العفو صراحة على إعفاء المحكوم عليه من دفع هذه الغرامات، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين، حالة ما إذا كان المحكوم عليه قد دفع هذه الغرامات وتاريخ دفعها إذا كان قبل أو بعد تقديمه لطلب العفو، وحالة ما إذا لم يتم دفعها فإذا كان قد دفعها بعد تقديم طلب العفو يكون للعفو أثر رجعي ويسترد المبالغ المدفوعة، أما إذا كان قد سدد قبل تقديم الطلب فلا يمكن استرداده. [3]

---

[1]- غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية**، المرجع السابق، ص95.

[2]- بوراس عبد القادر: المرجع السابق، ص394.

[3]- ناجي صالح المنتصر: المرجع السابق، ص 234.

الفصل الثاني

دور رئيس الجمهورية في المجلس الأعلى للقضاء

تتفق أغلب النظم الدستورية في العصر الحديث على اسناد تعيين القضاة إلى السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية، ولذلك سنتناول الدور العضوي لرئيس الجمهورية في رئاسة المجلس الأعلى للقضاء في المبحث الأول، ثم دوره الوظيفي في التعيينات القضائية في المبحث الثاني:

المبحث الأول:

الدور العضوي لرئيس الجمهورية في المجلس الأعلى للقضاء

يظهر الدور العضوي لرئيس الجمهورية في المجلس الأعلى للقضاء من خلال ما ينص عليه الدستور من ترأسه للمجالس القضائية، لكن جعل رئيس الجمهورية على رأس المجلس الأعلى للقضاء، كان محل خلاف بين مؤيد ومعارض.

المطلب الأول:

سلطة رئيس الجمهورية في انشاء المجلس الأعلى للقضاء

المجلس الأعلى للقضاء هو الهيئة العليا التي تشرف وتدير أمور القضاة ويمكن أن يساهم حسب تركيبته وصلاحياته إما في تعزيز استقلالية وحياد القضاء، أو على العكس من ذلك تسخيره في خدمة السلطات، لذا يجب معرفة تشكيلة هذا المجلس وشروط الترشح لعضوية المجلس، وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء

تنص المادة الثالثة من القانون العضوي 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته[1] على التشكيلة التالية:

1- عشرة قضاة منتخبين من قبل زملائهم ويمثلون مختلف أسلاك القضاة، حسب التوزيع التالي:

- قاضيين اثنين من المحكمة العليا من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة؛
- قاضيين اثنين من مجلس الدولة من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة واحد؛
- قاضيين اثنين من المجالس القضائية من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة؛

[1]-أنظر الجريدة رسمية رقم 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004، المتضمن القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الاعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.

•قاضيين اثنين من الجهات القضائية الإدارية غير مجلس الدولة من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة واحد؛

•قاضيين اثنين من المحاكم الخاضعة للنظام القضائي العادي من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من قضاة النيابة؛

2- ست شخصيات وطنية يعينهم رئيس الجمهورية من خارج سلك القضاء اعتبارا لكفاءتهم، ولكل قاض مرسم ومارس مدة سبع سنوات على الأقل في سلك القضاء، يكون له الحق في الانتخاب بالمجلس الاعلى للقضاء؛

3- أما الإدارة المركزية لوزارة العدل فلن تكون ممثلة في المجلس إلا بالمدير المكلف بتسيير المسار المهني للقضاة الذي يحضر جلساته ولا يشارك في مداولاته؛

4- ويكمل هذه التشكيلة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يرأس المجلس التأديبي طبقا للدستور، وكذلك النائب العام لدى المحكمة العليا باعتباره أعلى الهرم السلمي لسلك قضاة النيابة؛

5- يرأس المجلس رئيس الجمهورية وينوبه وزير العدل.

إن تحليل تركيبة المجلس الأعلى للقضاء تشير إلى وجود معارضين للتشكيلة الحالية للمجلس الأعلى (أولا) ومعارضين لرئاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء(ثانيا):

أولا-معارضو التشكيلة الحالية للمجلس الأعلى للقضاء

1-توسيع تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء مقارنة بتشكيلته في القوانين الأساسية للقضاء السابقة، بتغليب عضوية فئة القضاة المنتخبين مقابل تقليص التمثيل الإداري إلى حد كبير(12 قاضيا منهم اثنين بحكم وظيفتهما)، وقد أحسن المشرع الجزائري، إذ عزز الاستقلال الفعلي للمجلس على عكس نظيره الفرنسي في التعديل الدستوري الأخير في 23 جويلية 2008، فحين تكون أغلبية أعضائه مكونة من القضاة المنتخبين من طرف زملائهم، وحين تصدر قرارات التعيين والارتقاء والعقوبة طبقا لآراء المجلس المكون بهذه الكيفية يمكن القول أن القضاة يتمتعون بالحماية والضمانات الكافية أمام تدخل السلطة التنفيذية.

2–التنوع في تشكيلة المجلس هو الذي يضفي عليه طابع المؤسسة الدستورية المستقلة وكل السلطات الثلاث ممثلة فيه تمثيلا نسبيا يتماشى واختصاصات هذه المؤسسة الدستورية.

3–ارساء نوع من المساواة بين قضاة الحكم(قضاء الجالس) وقضاة النيابة العامة (قضاء الواقف)، لكن هذا التمثيل للقضاة لا يتماشى مع الواقع، ولم يراع التمثيل النسبي لقضاة الحكم في المحاكم والمجالس القضائية وأيضا لم يراع التمثيل النسبي لقضاة النيابة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، فهم أقل بكثير من قضاة الحكم ويمثلون الأقلية.

نفس الشيء بالنسبة لتمثيل قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة قاضيين لكل منهما، وبالتالي لا تعكس تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء على ما يبدو التمثيل الحقيقي للقضاة لا سيما قضاة الحكم، فتشكيلة المجلس طبقا لقانون 1989[(1)] تعتبر أفضل بكثير من التشكيلة المحددة في القانون 2004 فلقد كانت تركيبة المجلس في قانون 12- 12- 1989 تضم عددا من قضاة الحكم أكبر من عدد قضاة النيابة بموجب المادة 63 "أربع قضاة حكم وثلاث قضاة نيابة منتخبين من بين قضاة مجالس القضاء، وست قضاة حكم وثلاث قضاة نيابة منتخبين من بين قضاة المحاكم"، هذا إلى جانب أن رئيس الجمهورية لم يكن يعين إلا ثلاثة أعضاء عوضا عن ستة حاليا، ولا يسمح قانون 2004 بحق الترشح للمجلس الأعلى للقضاء إلا القضاة المرسمين منذ اكثر من سبع سنوات عكس قانون 1989 الذي يفتح حق الترشح لجميع القضاة المرسمين بما يجعل المجلس أقل انفتاحا على القضاة في مجملهم وهذا أمر يدعو للنقاش.

كما أن وظيفة المجلس الأعلى للقضاء هي الحفاظ على استقلالية وحياد القضاة، وبما أن هؤلاء يبدؤون بالقضاء واصدار الاحكام من السنة الأولى لترسيمهم فمن غير المفهوم أن يحرموا من حق الترشح للمجلس فكيف يكونوا أكفاء لإصدار الأحكام دون أن يكونوا أكفاء لعضوية مجلسهم.[(2)]

[(1)]- الجريدة الرسمية رقم 53 صادرة في 12 ديسمبر 1989، تتضمن القانون الأساسي للقضاء رقم 89-21 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989.

[(2)]- بن عبيدة عبد الحفيظ: **استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات**، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص405.

4-الدور المهيمن للسلطة التنفيذية في تركيبة المجلس الأعلى للقضاء من خلال رئاسة المجلس الأعلى للقضاء من طرف رئيس الجمهورية، ونيابة الرئيس وزير العدل الذي يمارس هيمنة سياسية قوية على سير المجلس لأن جميع ما يتخذه هذا المجلس من قرارات لابد أن تحمل توقيعه، فمن غير المعقول أن تتولى السلطة التنفيذية قيادة السلطة القضائية لأن ذلك مساس خطير بمبدأ استقلال القضاء فلم يعد الأمر تعاونا بين السلطات بل الغاء كامل لمبدأ الفصل بين السلطات.[1]

ثانيا-معارضو رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء

إن رئاسة المجلس الأعلى للقضاء من طرف رئيس الجمهورية، كان محل خلاف بين مؤيد ومعارض، حيث ترى الآراء المعارضة لرئاسة رئيس الجمهورية للمجالس القضائية أنه يتعارض مع الكثير من الاعتبارات التي يقوم عليها استقلال السلطة القضائية منها:

1-ترأس رئيس الجمهورية للمجلس القضائي يحدث خللا في تنظيم السلطة القضائية مما يقودنا إلى منطق تركز السلطة، والذي يتناقض كل التناقض مع المنطق الديمقراطي ويصب في الأنظمة الشمولية، والتي غالبا ما تسبب الأزمات وتكبت الحقوق والحريات.

2-إن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية فلا يمكن أن نعتبره حكم بين السلطات، وله اختصاصات متعددة فمن غير المعقول أن نضيف له أعباء سلطات المجلس الأعلى للقضاء فهذه النظرية فاسدة شكلا وموضوعا. [2]

3-كما أن هذا الأمر يثير العديد من التساؤلات منها إلى أي حد تستقل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية؟ مما يجعل السلطة القضائية ضعيفة وغير قادرة على حماية استقلالها فكيف لها أن تحمي الحقوق والحريات الفردية؟

4-كما تقترح أن يتولى شؤون السلطة القضائية مجلس أعلى يتولى اختصاصات وصلاحيات وزارة العدل ويرأسه مستشار يختار بالانتخاب.

---

[1]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 203.

[2]- فؤاد عبد النبي حسن فرج: المرجع السابق، ص 537.

أما الآراء المؤيدة لرئاسة المجلس الأعلى للقضاء من طرف رئيس الجمهورية مبرر لدى جانب من الفقه للإدراك بأهمية وخطورة هذه المؤسسة الدستورية وتدعيما لاستقلالها؛ بما ينبغي أن تكون عليه من القوة والفاعلية لتنهض بمهامها الكبيرة في إدارة شؤون القضاة، فقد توجد مشكلات خطيرة في القضاء تستدعي رئيس الجمهورية شخصيا فيمكن حلها بوجوده بما له من احترام وهذا لا يعد تدخل من السلطة التنفيذية في شؤون السلطة القضائية إطلاقا، بل هو تعاون بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، فضلا عن أن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطات الثلاث فعندما ننظر إلى القضاء كمرفق لا بد أن تكون الرئاسة في الشؤون الإدارية له، لأن من مسؤولياته الحرص على انتظام جهاز العدالة بين المواطنين، وهناك حجة أخرى وهي أن رئيس الجمهورية يتدخل بصفته رئيسا للدولة حتى قيل أن القضاة يستمدون قوتهم من ولاية رئيس الدولة في حدود القانون، فليس غريبا أن يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للهيئات القضائية فهو تشريف للقضاء وإعلاء لشأنه[1] ،فضلا عن كونه الاتجاه الغالب في كل دول العالم منها الجزائر.

لكن وباستقرائنا للمنظومة القانونية الجزائرية نجد: 1- أن رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس ليس لكونه رئيس السلطات الثلاث في الدولة ولكن لكون المادة 154 من دستور 1996 تعهد له بهذا الدور بل أنه يطلق عليه في الجزائر القاضي الأول للبلاد، كما أن الغرض من رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس مثلا في فرنسا حسب المادة 64 من الدستور الفرنسي هو كون الرئيس الضامن لاستقلال السلطة القضائية والتي لا نجد لها مثيلا في الدستور الجزائري الذي نص على تولي رئيس الجمهورية رئاسة المجلس ولم يشر إلى الغرض من ذلك.

هذه السلطة الشرفية لرئيس الجمهورية يجب ألا تتعدى حدودها لاسيما بوجود المادة 72 من الدستور والتي تنص على أن "يمارس رئيس الجمهورية السلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور"، هذه المادة كعدة مواد دستورية أخرى تمنح كل السلطات والاختصاصات، فيلاحظ عدم تحديد مجال هذه السلطة السامية وإذا أردنا البحث عن الحدود

[1]- عدنان عاجل عبيدات: المرجع السابق، ص 114.

المثبتة في الدستور فالنتيجة لا حدود تذكر، وقد يعد تدخلا غير مبرر من طرف رئيس السلطة التنفيذية في أعمال السلطة القضائية، فما المغزى من رئاسة رئيس الجمهورية جهاز مهم تابع للسلطة القضائية؟ ألا يعد هذا تعد على المبدأ الدستوري- استقلالية السلطة القضائية- المنصوص عليه في المادة 138؟

2-تمكين المشرع الجزائري رئيس الجمهورية من تعيين ست أعضاء في المجلس الأعلى للقضاء يختارهم بحكم كفاءتهم خارج سلك القضاء دون أي مراقبة أو استشارة أو اقتراح من أحد وغير مقيد بشروط، وهنا يتساءل المرء هل يستقلون بآرائهم عن توجيهات سلطة التعيين؟ وما هو مفهوم الكفاءة، وفي اي مجال؟ فكيف يتصور أن الشخصية الكفأة تكون خارج الاختصاص؟ بينما كل الدراسات تؤكد على أن الفاعلية تكمن في الاختصاص وذلك لاعتبارات المعرفة باهتمامات ملفات القضاة، بمثل هذه التركيبة، يمكن القول أن المجلس صيغ بشكل يسمح بالتحكم فيه من طرف السلطة التنفيذية.(1)

وعليه، فإن عدد الأعضاء المعينين مباشرة من السلطة التنفيذية أو الممثلين لها يساوي تقريبا النصف، وبالنظر إلى كيفية اعتماد قرارات المجلس نجد أن لهذا العدد دورا كبيرا ومحوريا في توجيه تلك القرارات والموافقة عليها، وهذا يعني جعل المجلس تحت وصاية السلطة تنفيذية.

فلا جدوى من الاحتجاج بإعطاء السلطة التنفيذية دور أكبر في القضاء عن طريق هيمنة رئيس الجمهورية على المجلس القضائي، وليس من مبرر يدعو المشرع الجزائري إلى الاحتفاظ بهذا النص، لأن الوضع الطبيعي لاستقلال سلطة القضاء هو اناطة رئاسة المجالس القضائية بالسلطة القضائية نفسها؛ أي بقضاتها لتتكفل هي بالمحافظة على استقلالها اتجاه السلطات الأخرى. (2)

هذه الوضعية تقتضي بالضرورة الترفيع في مركز المجلس الأعلى للقضاء بين المؤسسات الدستورية لأنه مجلس مفرغ من الفعالية، فان كان هو بدوره لا يتمتع باستقلالية

(1)- بوجمعة صويلح: " **دراسة قانونية في تشكيل المجلس الاعلى للقضاء**"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الامة، العدد7- ديسمبر -2004، ص124.

(2)- عدنان عاجل عبيدات: المرجع السابق، ص 116-117.

فكيف سيمنحها لغيره، وعليه يمكن تزويد المجلس بنصوص أكثر دقة يحافظ بها على أخلاقية هذه الوظيفة.[1]

وبناء على جميع الانتقادات السابقة، يقترح المرء ما يلي: 1- تعديل قانون 04- 12 المذكور أعلاه ليضاف فيه قضاة محكمة التنازع الذين بدورهم يمارسون مهام قضائية.[2]

2-حاجة المؤسس الجزائري التنصيص صراحة في الدستور على استقلالية المجلس الأعلى للقضاء، وأن يضمن المجلس الأعلى للقضاء استقلالية السلطة القضائية.[3]

3-إمكانية الاستفادة من التجربة الفرنسية فيما يخص تركيبة المجلس الأعلى للقضاء، ويسقط المادة المتعلقة برئاسة المجلس من طرف رئيس الجمهورية ويعوضه بالرئيس الأول للمحكمة العليا[4] ،وكذلك الأمر فيما يخص وزير العدل فلا مبرر لعضويته بالمجلس كنائب للرئيس بما أن له مهام كثيرة فيستحسن أن يوضع المكتب الدائم تحت رئاسة أحد أعضاء المكتب المنتخبين من طرف المجلس الأعلى، أو تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا، أو استبدال ترأس رئيس الجمهورية للمجلس ووزير العدل للرئيس برئاسة جماعية من ثلاثة أعضاء ينتخبهم المجلس الأعلى للقضاء يتناوبون على هذا المنصب دوريا كل سنة.[5]

ففي فرنسا لم يعد الوضع كالسابق فالمادة 65 من دستور 1958 عدلت بموجب المادة 31 من التعديل الدستوري 23 جويلية 2008[6]، والمتضمن تحديث مؤسسات الجمهورية

---

[1]- لعشب محفوظ: **التجربة الدستورية في الجزائر**، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص122.

[2]- بن عبيدة عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص461.

[3]-مجيد بن الشيخ أمين سيدهم: "**استقلال وحياد النظام القضائي في الجزائر**"، الشبكة الأوربية المتوسطية لحقوق الانسان، اكتوبر 2011، على الموقع:

http: //www.google.d/search?biw=1093&bih=534&noj=1&site=webp&source=hplq بتاريخ: 04-02-2015 على الساعة 09:50، ص26.

[4]-سفيان عبدلي: **ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا**، الجزائر، 2011، على الموقع http: //books.google.dz/books?id=5jiubQAAQBAJ&pg=pA92&ipg=PA921dq، على الساعة 09: 06 بتاريخ 11-04-2015، ص 66.

[5]- مجيد بن الشيخ أمين سيدهم: المرجع السابق، ص26.

[6]- La loi de revision constitutionnelle N: 08-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la 5 ème République.

الخامسة فلم يعد رئيس الجمهورية يرأس المجلس الأعلى للقضاء، ووزير العدل لم يعد نائبا للرئيس، وتم إسناد مسألة تعيين رئيس المجلس للجنة مختلطة من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ ولا تصبح تلك التعيينات نافذة إلا بحصولها على ثلاثة أخماس الأصوات.

وبتاريخ 23 جويلية 2010 صدر القانون العضوي[1] المتعلق بتطبيق المادة 65 من الدستور بعد تعديلها سنة 2008، وأصبحت تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء تتألف من تشكيلة خاصة بقضاة المحكمة(القضاء الجالس) وتشكيلة خاصة بقضاة النيابة العامة(القضاء الواقف).

يرأس الرئيس الأول لمحكمة النقض التشكيلة الخاصة بقضاة المحكمة، كما تضم التشكيلة خمسة قضاة وعضو من النيابة العامة ومستشار دولة يعينه مجلس الدولة، وكذلك يضاف إلى التشكيلة محام يعين من طرف رئيس اتحاد نقابات المحامين بعد أخذ الرأي المطابق للجمعية العامة للمجلس، وكذا ست شخصيات مؤهلة يعينون بحكم كفاءتهم من طرف رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، يعين كل واحد من هؤلاء شخصيتين(02)، ويجب أن لا يكونوا برلمانيين ولا قضاة ولا إداريين.

أما التشكيلة الخاصة بقضاة النيابة فيرأسها النائب العام لدى محكمة النقض، وتتكون بالإضافة إلى ذلك من خمسة قضاة من النيابة العامة وقاضي محكمة، وكذا مستشار الدولة والمحامي والشخصيات الست المؤهلة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة.

قد تجمع التشكيلتان برئاسة رئيس محكمة النقض إذا تعلق الأمر بأخلاقيات مهنة تسيير القضاء.

أما بالنسبة للسكرتير العام للمجلس فيتم تعيينه من طرف رئيس الجمهورية باقتراح مشترك من طرف الرئيس الأول لمحكمة النقض والنائب العام لدى نفس المحكمة ويختار من القضاة الذين مارسوا ست سنوات في خدمة فعلية بصفتهم قضاة.

- [1]loi organique N: 10-830 du 23 juillet 2010, relative à l’application de l’article 65 de constitution, journal officiel N: 168 p13562.

إن تركيبة المجلس الأعلى للقضاء الفرنسي تبدو أكثر توازنا؛ حيث أصبح المجلس يتألف من هيئتين واحدة ترعى شؤون قضاة الحكم، والأخرى تهتم بأمور قضاة النيابة العامة، هذه الازدواجية تعكس اختلاف النظامين الذين يخضع لهما كل من قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، وهنا تبرز خصوصية ازدواجية صلاحيات المجلس فعندما يجتمع هذا الأخير كهيئة مختصة للنظر بشؤون قضاة الحكم تتألف من خمسة قضاة حكم وقاض واحد تابع للنيابة العامة وبالعكس، فإذا كان المجلس ينعقد بهيئته التي تتناول أمور قضاة النيابة، فتكون عندئذ مؤلفة من خمسة قضاة تابعين للنيابة العامة وقاضي حكم، مما يؤكد أن المشرع الفرنسي وحد جسم القضاء العدلي.[1]

إن حذف رئيس الجمهورية ووزير العدل من تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء في فرنسا اثار كثير من الجدل القانوني، هذا المجلس الجديد والذي لن يكون فيه القضاة أغلبية وذلك بزيادة الأعضاء الخارجين عن القضاء في تشكيلة المجلس وبالنتيجة سيصبح القضاة المنتخبين أقلية وهذا ما أثار مخاوف القضاة من المساومة في المسائل التأديبية، "لكن رغم هذا تعد هذه الاصلاحات الدستورية ضمانات جديدة بتحسين وضع استقلال الهيئة القضائية وتركها تسير شؤونها بنفسها."[2]

الفرع الثاني: شروط الترشح لعضوية المجلس الأعلى للقضاء

تنص المادة الثامنة من القانون العضوي 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء على أن: "يحدد تنظيم وكيفيات انتخاب أعضاء المجلس عن طريق التنظيم". وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 04- 429 في 26 ديسمبر 2004 الذي يحدد تنظيم انتخاب القضاة الأعضاء في المجلس الأعلى للقضاء بموجب المادة الثانية من هذا المرسوم[3]، على أن ينتخب القضاة أعضاء المجلس زملاؤهم على النحو الآتي:- ينتخب قضاة المحكمة العليا قاضيين، واحد من قضاة الحكم وواحد من قضاة النيابة العامة؛

---

(1)- نبيل شديد الفاضل رعد: المرجع السابق، ص60.

(2)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 58.

(3)- بن عبيدة عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص410.

– ينتخب قضاة مجلس الدولة قاضيين، واحد من قضاة الحكم وواحد من محافظي الدولة؛

– ينتخب قضاة المجالس القضائية قاضيين واحد من قضاة الحكم وقاض من قضاة النيابة العامة؛

– ينتخب قضاة المحاكم الإدارية قاضيين واحد من قضاة الحكم وواحد من محافظي الدولة؛

– ينتخب قضاة المحاكم قاضيين واحد من قضاة الحكم وواحد من قضاة النيابة.

وطبقا للمادة الرابعة من القانون العضوي المذكور أعلاه يجب أن تتوافر في القضاة الراغبين في الترشح لعضوية المجلس الشروط التالية: 1- أن يكون المترشح مرسما؛

2- أن يكون قد مارس مهامه بصفة قاض مدة سبع سنوات على الأقل؛

3- أن لا يكون قد صدرت ضده عقوبة من العقوبات التأديبية؛

4- أن لا يكون المترشح عضوا في المجلس الأعلى للقضاء الذي انتهت فترة إنابته فيه، لأن المادة الخامسة من هذا القانون العضوي تنص على أن تحدد مدة العضوية في المجلس الأعلى للقضاء بأربع سنوات غير قابلة للتجديد.

المطلب الثاني:
سلطة رئيس الجمهورية في تسيير المجلس الأعلى للقضاء

عهد المؤسس الدستوري الجزائري بموجب المادة 155 من دستور 1996 إلى المجلس الأعلى للقضاء بإدارة المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وسير سلمهم الوظيفي، ويسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء وعلى رقابة انضباط القضاة، وهو بالضرورة مستقل في تنظيم شؤونه الداخلية الادارية والمالية، هذه الاستقلالية نصت عليها المادة 17 من القانون العضوي 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء التي جاء فيها بأن "يتمتع المجلس الأعلى للقضاء بالاستقلال المالي ويتم تسجيل كل الاعتمادات المالية الضرورية لسير المجلس الأعلى للقضاء في الميزانية العامة للدولة"، مما يضمن تفرغ

أعضاء المجلس الأعلى للقضاء إلى القيام بصلاحياته التي خولها إليه القانون، لكن هل تحققت هذه الاستقلالية للمجلس مما يعطيه الفعالية الكافية ليكون فعلا الهيئة العليا التي تشرف وتتابع المسار المهني للقاضي؟

للإجابة على هذا التساؤل، يجب دراسة أولا هياكل المجلس الأعلى للقضاء وكيفية تسييره لمداولاته في الفرع الأول، ثم الصلاحيات المنوطة به بموجب القانون المذكور أعلاه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: هياكل المجلس الأعلى للقضاء

يقوم المجلس الأعلى للقضاء مباشرة بعد تنصيبه رسميا وفي أول جلسة له بانتخاب مكتب دائم، وهو هيئة مساعدة للمجلس في أداء مهامه، ينتخب من أعضاء المجلس وقد أحال القانون العضوي المذكور أعلاه إلى النظام الداخلي للمجلس الذي يتولى تحديد طريقة انتخاب أعضاء المكتب الدائم وسيره ومهامه.

ويتألف المكتب الدائم من أربعة اعضاء ينتخبون من قبل نظرائهم، ويوضع هذا المكتب حسب المادة 10 من القانون المذكور أعلاه تحت رئاسة نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء؛ أي وزير العدل ويساعده موظفان من وزارة العدل يعينهما وزير العدل، مما يبين إرادة المشرع الجزائري في رد الاعتبار للمجلس الأعلى للقضاء في تسيير مصالحه بوجود هيئة دائمة تساعده من أجل السير الحسن لمهام هذه المؤسسة الدستورية إلى القضاة [(1)]، إذ هو المشرف على تسيير المجلس الأعلى للقضاء حيث يضمن متابعة سير السلم الوظيفي للقضاة بالتعاون مع المصالح المختصة بالإدارة المركزية ويتابع تنفيذ قرارات المجلس ويدرس تظلمات القضاة ويشارك في تحضير جدول أعمال جلساته، وذلك ما نصت عليه المادة 13 من القانون العضوي المنظم للمجلس الأعلى للقضاء وهذا راجع إلى أن جدول أعمال المجلس أصلا هي من اختصاصاته وصلاحياته التي يمارسها من أجل تنظيم المسار المهني للقضاة.

---

(1)- الطيب بلعيز: **إصلاح العدالة في الجزائر**، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008، ص 36.

وبالنسبة لمدة العضوية في المكتب الدائم فإنها غير محددة، ويستمر بذلك الأعضاء في أداء مهامهم بالمكتب الدائم، إلى غاية انتهاء فترة إنابتهم وعلى أعضاء المكتب الدائم التفرغ لممارسة مهامهم ويتم وضعهم في حالة الإلحاق بقوة القانون، عملا بأحكام المادتين 75 و76 من القانون العضوي 04- 11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء، وفي حالة شغور المنصب يقوم المجلس الأعلى للقضاء بانتخاب من يخلفه في أول دورة له بعد الشغور.

ولتمكين المجلس من أداء مهامه يقترح اعفاء الأعضاء الأربعة للمكتب الدائم للمجلس من كل مسؤولية أخرى قصد التفرغ كلية لأداء مهامهم في إطار المجلس، حسب المادة 10 من القانون العضوي 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس، إن مثل هذا الإجراء من شأنه السماح للمجلس بالتحضير الحسن للملفات المسجلة في جدول أعمال مختلف الدورات ومن متابعة تنفيذ قراراته.

كما أسند القانون العضوي رقم 04- 12 السالف الذكر أمانة المجلس إلى قاض برتبة رئيس غرفة لدى المجلس القضائي وجعل سلطة وزير العدل تقتصر على تعيين هذا القاضي، وبذلك تكون السلطة القضائية قد تجاوزت أحد عوامل تدخل السلطة التنفيذية في سير المجلس التي كانت في المرسوم التشريعي رقم 92- 05 المؤرخ في 04 أكتوبر 1992 المعدل والمتمم للقانون الأساسي للقضاء[1]، الذي كان يولي مهام أمانة المجلس إلى إطار من وزارة العدل برتبة نائب مدير، مما كان يترك إمكانية تدخل الجهاز التنفيذي في سير أجهزة المجلس.

أما الكتابة الإدارية فتعهد الى قاض من الدرجة الأولى.

لكن هذا القانون أغفل تماما دور المفتشية العامة لوزارة العدل وعلاقتها بالمجلس الأعلى للقضاء، رغم ما لعملها من علاقة مباشرة في المسار الوظيفي للقاضي وأيضا ما هو

---

(1)- الجريدة الرسمية رقم 77 صادرة في 04 أكتوبر 1992، تتضمن المرسوم التشريعي رقم 92-05 مؤرخ في 04 أكتوبر 1992 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

المركز القانوني للمكتب الدائم للمجلس الأعلى للقضاء؟ الذي هو تحت رئاسة وزير العدل، مما يجعله تحت هيمنة الإدارة مما يؤدي إلى المساس بمبدأ استقلالية القضاء.[1]

ويجتمع المجلس الأعلى للقضاء في دورتين عاديتين في السنة، ويمكنه أن يجتمع في دورات استثنائية، على حسب حجم أعمال المجلس خلال السنة بناء على استدعاء من رئيسه(رئيس الجمهورية) أو من نائبه(وزير العدل) حسب المادة 12 من القانون العضوي 04- 12، ورئيس المجلس أو نائبه هو الذي يضبط جدول جلسات هذه الدورات بالاشتراك مع المكتب الدائم للمجلس وكان أحرى به أن يشترك أعضاء السلطة القضائية أيضا بحق دعوة المجلس للانعقاد في دورات استثنائية، أما جلسات المجلس في تشكيلته التأديبية فيحددها الرئيس الأول للمحكمة العليا باعتباره رئيس المجلس في هذه الحالة.

ولا تكون مداولات المجلس صحيحة ما لم يحضرها على الأقل ثلثي (3/2) الأعضاء على الأقل من أعضاء المجلس، أي أن يحضر 13 عضو على الأقل من 19 عضو عملا بالمادة 14 من نفس القانون؛ فإذا افترضنا حضور الرئيس ونائبه والأعضاء المعينين من الرئيس إلى جانب أربع أعضاء فقط، فالمداولة صحيحة قانونا[2]، وتتخذ قرارات المجلس بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يرجح صوت الرئيس حسب أحكام المادة 15 من نفس القانون، وهذا الشيء الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري على خلاف القوانين الأساسية للقضاء السابقة التي لم تنص على مسألة ترجيح صوت الرئيس في حالة تساوي الأصوات، ويلتزم أعضاء المجلس بسرية المداولات، إلا أنها لا توحي بضمانة كافية، فالمفروض أن تكون الرئاسة لأحد اعضاء السلطة القضائية، بل أنه قد يكون محبذا مشاركة ممثلي الشعب في التشكيلة توفيرا لحماية أكبر للقضاء.

الفرع الثاني: صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء

إن توسيع صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء تشكل عاملا حاسما باتجاه تعزيز استقلالية القضاء، ونظرا لأهمية دوره، فقد حرص المشرع الجزائري على تنظيمه، فهذا

---

(1)- بوجمعة صالح: المرجع السابق، ص120-124.

(2)- بن عبيدة عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص423.

المجلس عرف عدة مراجعات في تشكيلته وصلاحياته وأعاد دستور 1996 المكانة إلى هذه المؤسسة الدستورية، لكن هذا الأمر متوقف على الصلاحيات الممنوحة له.

إن القانون الأساسي للقضاة[1]، والقانون المنظم للمجلس الأعلى للقضاء يشملان كل صلاحيات هذا للمجلس، هذه الصلاحيات تم توسيعها وتدعيمها لمتابعة المسار المهني للقضاة في مجال البت في كل القرارات المتعلقة بذلك، ومنها حسب المادة 18 وما يليها من القانون العضوي 04- 12 يختص المجلس الأعلى للقضاء بما يلي:

1-يختص المجلس بدراسة ملفات المترشحين للتعيين في سلك القضاء، والتداول بشأنها قصد ترسيمهم ويتم هذا الترسيم بموجب قرار وزاري.

2-يسهر على احترام الشروط المنصوص عليها في القانون ورقابة انضباط القضاة وتأديبهم، وهذا ما أقرته المادة2/155 من الدستور، حيث يجتمع المجلس لتحديد جدول أعمال جلساته في تشكيلته التأديبية، تلقائيا **أو** بالتماس من وزير العدل ويتولى القاضي أمين المجلس الأعلى للقضاء أمانة المجلس في تشكيلته التأديبية، حيث يقوم بتحرير محضر عن كل جلسة ويوقعه مع الرئيس.

3-دراسة اقتراحات وطلبات نقل القضاة ويتداول بشأنها ويأخذ بعين الاعتبار طلبات المعنيين وكفاءتهم المهنية وأقدميتهم والحالة العائلية لهم، مع مراعاة المجلس لقائمة شغور المناصب وضرورة المصلحة في حدود الشروط المنصوص عليها قانونا.

4-يختص النظر في ملفات المترشحين للترقية والسهر على احترام شروط الأقدمية وشروط التسجيل في قائمة التأهيل وعلى تنقيط وتقييم القضاة، كما للمجلس حق الفصل في تظلم القضاة حول التسجيل في قائمة التأهيل ويتم تنفيذ مداولات المجلس بقرار من وزير العدل.

5-يستشار المجلس بشأن الطلبات والاجراءات الخاصة بالعفو عن العقوبة بموجب المادة 156 من الدستور.

[1]- قانون04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 57، سنة 2004 .

6-إستشارة المجلس في المسائل المتعلقة بالتنظيم القضائي وبوضعية القضاة وتكوينهم.

مما تقدم، تبدو لنا عدم فاعلية المجلس الأعلى للقضاء من جانبي تشكيلته والمهام الموكلة إليه، فالمشرع الجزائري أضاف إصلاحات إيجابية كتوسيع تشكيلته بتغليب عضوية القضاة الممارسين، إلا أنه مجلس مهيمن عليه من طرف قضاة النيابة التابعين لوزارة العدل، ناهيك عن ارتباط تنفيذ قرارات هذا المجلس بصدور قرار من هذا الوزير وشخصيات معينة من طرف رئيس الجمهورية دون أي قيود، فهل يعقل رئاسة جهاز تابع للسلطة القضائية من طرف رئيس السلطة التنفيذية في ظل مبدأ الفصل بين السلطات؟ كما أن رئيس الجمهورية يتولى التعيين المباشر والغير مقيد بشروط لستة اعضاء من الشخصيات ذات الكفاءة خارج سلك القضاء فماذا يمكن لهؤلاء أن يقدموا لتجسيد استقلالية القضاء والثابت أن عدد الاعضاء المعينين مباشرة من السلطة التنفيذية أو الممثلين لها يساوي تقريبا النصف، وبالنظر إلى كيفية اعتماد قرارات المجلس نجد أن لهذا العدد دورا كبيرا في توجيه تلك القرارات والموافقة عليها، لذلك يمكن القول أن هذا المجلس مفرغ من الفعالية لا يضمن فعلا وبصفة كافية استقلال القضاء، لأن مكانة السلطة القضائية واستقلالها متوقف على مكانة المجلس الأعلى للقضاء وصلاحياته، فبقدر ما يجرد هذا المجلس من ممارسة اختصاص معين بقدر ما يفتح المجال واسعا للسلطة التنفيذية لتفرض وصايتها على جهاز القضاء.

المبحث الثاني:
الدور الوظيفي لرئيس الجمهورية في المجلس الأعلى للقضاء

إن وظيفة القضاء كسلطة قائمة بذاتها إلى جانب سلطات الدولة الثلاثة تتمثل في كفالة احترام النصوص القانونية، ولكي تقوم بذلك لا يكفي تحديد اختصاصاتها، بل ينبغي تحديد مكانتها من السلطات الأخرى وأن تتمتع بقسط من الاستقلالية والحيدة وذلك من خلال كيفية اختيار القضاة وضمانات استقلاليتهم في أداء عملهم القضائي، لكن رغم الاعتراف باستقلالية السلطة القضائية في أغلب الدساتير بصياغات مختلفة، إلا أن بعض الدساتير أمثال الدستور الجزائري، كثيرا ما تتدخل السلطة التنفيذية لإفراغ هذا المبدأ من مضمونه، حيث تكون تسمية القضاة بأمر من رئيس الجمهورية بمقتضى ترشيح من مجلس الأعلى للقضاء، فهل سلطة رئيس الجمهورية مقيدة في هذا المجال وتراعي استقلال القضاء؟ هذا ما سنوضحه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: سلطة رئيس الجمهورية في تعيين القضاة.

المطلب الثاني: سلطة رئيس الجمهورية في ترقية القضاة ونقلهم وعزلهم.

المطلب الأول:
سلطة رئيس الجمهورية في تعيين القضاة

إن تحديد الطريقة التي يتم بها اختيار القضاة من المسائل المهمة والدقيقة؛ لأن طريقة الاختيار لها آثار مباشرة على استقلال القضاة وعلى مدى كفاءتهم في قيامهم بوظائفهم، ولهذا فإن طريقة اختيار القاضي كانت ولاتزال من المسائل التي يهتم بها المشرع، وعليه نتناول في الفرع الأول طرق تعيين القضاة، وفي الفرع الثاني موقف الدساتير الحديثة من هذه الطرق.

الفرع الأول: طرق تعيين القضاة

لقد اختلف الفقهاء حول أنسب الطرق لاختيار القضاة فبعضهم فضل طريقة الانتخاب (أولا)، والبعض الآخر فضل طريقة التعيين من قبل السلطة التنفيذية(ثانيا) ولكل منهم مبرراته للدفاع عن رأيه حول الطريقة التي يراها مناسبة:

أولا-طريقة الانتخاب: يقصد بهذا الأسلوب أن يكون نابعا مباشرة من الارادة الشعبية، وذلك انطلاقا من أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة تباشرها المحاكم باسم الشعب ولما كان الشعب هو مصدر كل السلطات فيجب، أن يتولى الشعب بنفسه سلطة القضاء أو يقوم باختيار من يتولونها نيابة عنه[1]، ولذلك فالقاضي المنتخب يكون أكثر تعبيرا عن إرادة الأمة ومشيئتها.

ويعود الأصل التاريخي لنظام انتخاب القضاة الى فرنسا وذلك عندما صدر قانون انتخاب القضاة سنة 1790 وبقي حتى السنة الثامنة للثورة، وقد امتد هذا النظام إلى عدد من الدول ومن بينها سويسرا بالنسبة لقضاة المقاطعات وبعض الولايات المتحدة الأمريكية في أواخر القرن الثامن عشر [2] ،ليس على المستوى الفيدرالي(تتكون المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية من تسعة قضاة يعينون لمدى الحياة من قبل رئيس الجمهورية) بل على مستوى الدويلات حيث يتم انتخاب القاضي مباشرة من طرف مواطني كل ولاية.[3]

ويكون اختيار القضاة عن طريق الانتخاب على وجوه مختلفة، إما أن يكون عن طريق الاقتراع العام بواسطة المواطنين مباشرة، أو بواسطة السلطة التشريعية باعتبار أن هذه السلطة منتخبة من الشعب أو أن يترك الاختيار عن طريق الانتخاب للسلطة القضائية، ولكل أسلوب من هذه الأساليب حججه، وعلى كل منها مآخذ:

1-عيوب نظام انتخاب القضاة: لا يخلو نظام اختيار القضاة عن طريق الاقتراع العام من عيوب كثيرة، جعلت منه لا يلق قبولا لدى غالبية الفقه المعاصر منها:

أ/تدخل الهيئة الناخبة: إذا كانت هذه الطريقة تكفل استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية فإنها تعيبها بتدخل آخر ألا وهو تدخل الهيئة الانتخابية، إذ يحرص القاضي المنتخب على إرضاء ناخبيه أملا في تجديد انتخابه مرة أخرى، وهوما يفسد قضاءه ويخل باستقلاله، وجدير بالذكر إن اللجنة الرابعة للمؤتمر الدولي لرجال القانون لسنة 1959 قد

---

[1]- محمد عبد الرحمن البكر: المرجع السابق، ص401.

[2]- عادل محمد جبر احمد شريف: **حماية القاضي وضمانات نزاهته(دراسة مقارنة)**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص80.

[3]- بن حمودة ليلى: **الديمقراطية ودولة القانون**، دار هومة، الجزائر، 2014، ص245.

لاحظت ما ينطوي عليه نظام انتخاب القضاة، ولعل أبرز مثال على ذلك نتائج انتخاب 1885 بالولايات المتحدة الأمريكية حيث خسر القاضي المحنك Thomas Koulay الذي خدم بالمحكمة 21 سنة واعتبر أحد أعظم القضاة في التاريخ الأمريكي أمام خصمه وهو أحد خريجي كلية الزراعة[(1)]، ومن ناحية أخرى تؤدي إلى تأثير السلطة التشريعية على استقلال القضاة.

ب/عدم اختيار الأكفاء: لا يضمن أسلوب الانتخاب الشعبي للقضاة أفضل العناصر لتولي منصب القضاء، لأن جمهور الناخبين لا يراعون في انتخابهم معايير الأهلية وكفاءة القاضي وخبرته القانونية والصلاحية الواجبة في المرشحين لتولي منصب القضاء بقدر ما يراعون اعتبارات أخرى كالقرابة والميول السياسية، مما يجعل عملية اختيار القاضي عملية سياسية حزبية، ولذلك يقول هارولد لايسكي: "إن أسلوب انتخاب القضاة بواسطة الشعب أسوأ اختيار إذ أن المرشح إما أن يتم انتخابه لأسباب سياسية محضة، وإما أن الذين يصوتون لصالحه ليسوا أهلا لأن يزنوا الصفات الواجب التعويل عليها في اختياره".[(2)]

في حين أن العمل القضائي يتطلب خبرة بالقانون واختصاص، الذي هو علم لا يمكن اكتساب معرفته إلا بدراسات خاصة ويجب ان تتوافر لديه الخبرة، فالقضاء ليس وظيفة سياسية، بل هو وظيفة مهنية تتطلب صفات خاصة لا يستطيع الناخبون اختيار الكفاءات اللازمة لشغلها.[(3)]

ج/تحزيب القضاة: حيث يجعلهم متأثرين بالفكر السياسي للحزب الذي رشحهم أو الدائرة التي انتخبتهم حتى يضمنوا نجاحهم في الانتخابات، وبذلك يتم اقحام القضاة في السياسة عن طريق اخضاعهم للأحزاب السياسية التي ترشحهم لهذه المناصب ومحاولة المرشحين ارضاء الناخبين بأية طريقة، مما يجرد القضاء من طبيعته كهيئة محايدة ويهدد

[(1)]- نورالدين فكاير: "**مقومات استقلال القضاء**"، مجلة النائب، العدد 05، اكتوبر 2004، ص55.
[(2)]- نقلا عن فاروق الكيلاني: المرجع السابق، ص 291.
[(3)]-اسمن: المرجع السابق، ص269.

استقلال القاضي في عمله، ويؤدي الى فتح المحسوبية فلا يضمن معه استقلال ولا كفاءة.[1]

د/عدم الاستقرار: إن انتخاب القضاء يجعل منصب القاضي مؤقتا بمدة معينة، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى توقيت الوظيفة القضائية فيفقد القاضي استقراره، الأمر الذي يخل بحسن سير القضاء.[2]

ورغم هذه العيوب التي وجهت لهذا النظام فقد أخذت به بعض التشريعات ومنها الأردن والعراق ومصر وكذا فرنسا لفترة وجيزة بمقتضى قانون سنة 1953 وألغي بعد خمسة أشهر فقط، وحاليا الولايات المتحدة الأمريكية.[3]

2-مزايا نظام انتخاب القضاة: استند أنصار هذه الطريقة إلى مبررات أهمها:

أ/استقلال القضاء تجاه السلطة التنفيذية: فهو يتفق مع مبدأ فصل السلطات، ويؤدي إلى اهتمام الشعب بالقضاء وتحقق سلطة الأمة في اختيار قضاتها بنفسها؛

ب/النظام الأمثل: تأكيدا للديمقراطية والأكثر تحقيقا لسلطة الأمة في اختيار قضاتها، فكما تختار رجال السلطة التشريعية، فيجب كذلك أن تختار رجال السلطة القضائية؛

ج/تبسيط الاجراءات: حتى يستطيع القاضي تطبيقها ويؤدي إلى اهتمام الشعب بالقضاء وإلى زيادة الصلة بين المحكمة والشعب، كما أنه يدعو بالضرورة إلى تبسيط الاجراءات حتى يستطيع القاضي المنتخب تطبيقها.[4]

د/تحقيق الثقة بين القضاة والمتقاضين: ومن ثم تتوافر لدى القضاة الثقة في أنفسهم ويتحقق لهم الاستقلال في مناصبهم.[5]

---

(1)- عدنان الاتاسي: **الحقوق الدستورية**، مطبعة النضال، دمشق، 1947، ص104.

(2)- طلال خالد مرزوق الرشيدي: **استقلال السلطة القضائية(دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص325.

(3)- خالد عبد العظيم أبو غاية: **طرق اختيار القضاة**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص106.

(4)- محمد الرحمن البكر: المرجع السابق، ص 40.

(5)-خالد عبد العظيم أبو غاية: المرجع السابق، ص 95.

ثانيا-طريقة التعيين من السلطة التنفيذية: وأساس هذه الطريقة أن تتولى السلطة التنفيذية بنفسها اختيار القضاة، وذلك استنادا إلى أن القضاء قد أصبح وظيفة عامة تتولاها الدولة عن طريق المحاكم، فيكون من الطبيعي أن تتولى الحكومة تعيين من يتولى الوظائف العامة ومنها الوظيفة القضائية، ولا شك في أن الدولة في اختيارها للقضاة ستكون أقدر من الشعب على التعرف على الكفاءات المتطلبة فيمن يتولى هذا المنصب، إلا أن هذه الطريقة بدورها لها عيوب ومزايا.

1-عيوب هذه الطريقة: انفراد السلطة التنفيذية بتعيين القضاة ينطوي على بعض المخاطر للأسباب التالية:

أ/نظام لا يضمن حسن الاختيار: فقد يكون للأهواء والاعتبارات السياسية والحزبية دخل في الاختيار.[1]

ب/نظام يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات: لما يترتب على الأخذ به من الإخلال بقاعدة استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية، فقد تجعل القضاء خاضعا للسلطة التنفيذية، طالما أن اجراءات تعيينهم تتم بواسطة هذه السلطة.[2]

لذلك فضل البعض عليها طريقة الاختيار الذاتي؛ أي تعيين القضاة عن طريق هيئة قضائية باعتبار أن رجال هذه السلطة أقدر من غيرهم على الدقة في الانتقاء، في الاختيار والتعرف على الكفاءات المؤهلة لمنصب القضاء، كما أنها تؤدي لاختيار الأصلح لشغل الوظيفة القضائية، وهي تمنح القضاء الحصانة أمام السلطة التنفيذية وأمام الناخبين كما تبعده عن التأثيرات السياسية والحزبية.[3]

[1]- نورالدين فكاير : المرجع السابق، ص56.

[2]-اسمن: المرجع السابق، ص293.

[3]-فاروق الكيلاني: المرجع السابق، ص294.

وإن كانت هذه الطريقة هي الأخرى معيبة، لأنها تؤدي إلى إقامة دولة القضاة داخل الدولة وتكوين طبقة تحتكر وظائف القضاء، كما أنها لا تستند إلى أساس دستوري، إذ كيف تعهد الدولة في تولية القضاة إلى فريق خاص لا يمثل الأمة ولا يمثل الحكومة.[1]

2-مزايا هذه طريقة: رغم هذه الانتقادات التي وجهت لطريقة التعيين إلا أنه قد تم دفعها بوضع ضوابط، فضلا عن أن هذه الانتقادات أقل كثيرا عما وجه لطريقة الانتخاب بكافة أساليبه والتي لا يمكن دفعها ومن مزايا طريقة التعيين ما يلي:

أ/من المسلم به أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه في أي نظام، فالفصل ليس تاما بين السلطات وإنما لابد من التعاون حفاظا على ضمان استمرار سير العمل في الدولة، هذا التعاون يسمح بتعيين القضاة من طرف السلطة التنفيذية وهو ما يحقق الموازنة بين حقوق السلطة التنفيذية واستقلال السلطة القضائية بالحفاظ على اختصاصات الأولى مع الوقف الضروري لتحكم الثانية، ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقهاء أن هذه الطريقة لا تتعارض مع استقلال السلطة القضائية، لأن القانون حدد شروط التعيين والمؤهلات التي يجب أن تتوافر في المرشح للقضاء، مما يتعين على السلطة التنفيذية أن تراعيه فلا يترك الأمر لمطلق تقدير هذه السلطة، فضلا عن أن المشرع دائما يحيط القضاة بضمانات عديدة تكفل لهم استقلالهم تجاه السلطة التنفيذية بطرق شتى تمنع سوء اختيارها وتحكمها في الاختيار، أهمها أن ينص القانون على شروط خاصة فيمن يعين قاضيا تلتزم بها الحكومة حتى لا يترك الأمر لمطلق تقديرها، وبمقتضاها تعين السلطة التنفيذية ممن تتوافر فيه الشروط التي نص عليها القانون لتولي وظيفة القضاء بشرط اجتيازه للمسابقة، كما أنه تقوم السلطة التنفيذية باختيار القضاة من بين أشخاص ترشحهم الهيئات القضائية نفسها، وهذا يؤدي إلى اندماج طريقة الاختيار الذاتي ووسيلة التعيين بيد السلطة التنفيذية مع تجنب مخاطر كل من الوسيلتين[2]، فضلا عن جعل رأي مجلس القضاء إلزاميا بشأن أية قرارات تتعلق بالقضاء.

---

[1]- محمد عبد الحميد أبو زيد: **توازن السلطات ورقابتها(دراسة مقارنة)**، القاهرة، 2003، ص329.

[2]- شلقاني احمد شوكي: "**استقلال القضاء والادعاء العام في الانظمة السعودية(دراسة مقارنة)**"، مجلة الإدارة العامة، العدد 39، 1999، ص441.

كما أن قيام السلطة التنفيذية بتعيين القضاة ونقلهم لا ينال من استقلالهم، حيث دلت التجربة في كثير من البلاد على ان العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة تعيينهم ولا بمقدار نفوذ السلطة التنفيذية في هذا الاختيار، وإنما بمدى قدرتها على التدخل في شؤون القضاة. [1]

ب/إن الاحكام تصدر باسم الأمة، ورئيس الدولة كممثل للأمة هو صاحب الحق في تعيين من يصدرها، فتعيين القضاة بواسطة السلطة التنفيذية هو الأكثر اتفاقا مع المفهوم الحديث لسيادة الدولة؛

ج/إن نظام التعيين يتفق وطبيعة الوظيفة القضائية التي تقتضي الدوام الامر الذي يكفل للقاضي استقراره ويؤدي إلى حسن سير القضاء؛ إذ يسمح طول الخبرة في العمل القضائي بحسن تطبيق القانون. [2]

ولكل ما تقدم، فإن التعيين من جانب السلطة التنفيذية هو النظام الأفضل لاختيار القضاة، لأنه يحافظ على استقلالهم تجاه الشعب وتجاه الحكومة معا، حيث يتولى المشرع بنفسه تنظيم شؤون القضاء، فضلا عن أنه يحقق ميزة حسن الاختيار إذ أن رجال الحكومة هم على الأقل أقدر من الناخبين على معرفة الكفاءات المؤهلة لشغل هذا المنصب القضاء، لذلك فضلت غالبية التشريعات الحديثة الأخذ بنظام تعيين القاضي بواسطة السلطة التنفيذية دون فكرة الانتخاب.

الفرع الثاني: تنظيم الدساتير الحديثة سلطة رئيس الجمهورية في تعيين القضاة

توكل أغلب دساتير الدول الحديثة مهمة اختيار القضاة للسلطة التنفيذية بواسطة رئيس الجمهورية ويمكن بهذا الصدد عرض نماذج متنوعة لسلطة التعيين لدى الرئيس الأمريكي(أولا)، الفرنسي(ثانيا) والجزائري(ثالثا):

أولا- سلطة الرئيس الأمريكي في تعيين القضاة: أسند الدستور الأمريكي بموجب الفقرة الثانية من المادة الثانية لرئيس الجمهورية سلطة ترشيح وتعيين قضاة المحكمة العليا،

---

[1]- محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع السابق، ص330.

[2]-محمد عبد الرحمن البكر: المرجع السابق، ص403.

على أن يتم التعيين بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ ولم يشر الدستور الى طريقة تعيين القضاة في المحاكم الأخرى، فقام الكونغرس مستندا إلى سلطته في تنظيم السلطة القضائية بوضع نظام تعيين قضاة المحاكم الاتحادية الأخرى على نفس النسق المنصوص عليه في الدستور بشأن تعيين قضاة المحكمة العليا؛ بمعنى أن يتم تعيينهم بواسطة الرئيس بناء على مشورة مجلس الشيوخ، لكن حقه الدستوري ليس مقصورا عليه وحده، بل اشترط الدستور مشورة وموافقة مجلس الشيوخ عليه.[1]

وبناء على هذا التنظيم، فإن كلا من الرئيس ومجلس الشيوخ يلعب دورا مهما يكاد يكون متساويا في شأن تعيين قضاة المحاكم الاتحادية، حيث يقوم مجلس الشيوخ بتعيين قضاة المحاكم الاتحادية، بينما يقوم الرئيس بتعيين قضاة المحاكم الاتحادية الاستئنافية أما المحكمة العليا فهي محط اهتمام الرئيس ومجلس الشيوخ معا.[2]

ثانيا–سلطة الرئيس الفرنسي في تعيين القضاة: القاعدة المتبعة في فرنسا وبعد التعديلات الدستورية الأخيرة في 2008 فإنه حسب المادة 65 من الدستور تختلف مسألة تعيين القضاة بحسب القضاة، فالقضاة العاديون يتم تعيينهم من طرف المجلس الأعلى للقضاء، وهناك نوعان مختلفان من السلطات لهذه التشكيلة، فهي تقترح تعيين القضاة العاديين لدى محكمة النقض، ورؤساء محاكم الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية الكبرى، أما بقية القضاة العاديين فإن التشكيلة لها سلطة اصدار "رأي مطابق"، فوزير العدل يقترح التعيينات وتقوم التشكيلة بدراسة ملفات القضاة المقترحين وتصدر بعد ذلك رأي ملزم لوزير العدل.[3]

[1]-للمزيد أنظر:- محمد السيد الصباحي: المرجع السابق، ص339.

-دانيال ميدور: **المحاكم الأمريكية**، ترجمة مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1991، ص63-64.

[2]-سعيد السيد علي: **حقيقة الفصل بين السلطات**، المرجع السابق، ص344.

[3]-سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص73.

أما تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء المختصة في مواجهة أعضاء النيابة العامة فهي تقدم "رأيا بسيطا" وغير ملزم لوزير العدل فيما يخص التعيينات في مناصب النيابة العامة المقترحة من قبل وزير العدل، أما النواب العامون فيتم تعيينهم من قبل مجلس الوزراء.[1]

أي أن التشكيلة المتعلقة بتعيين بعض قضاة الحكم يكون رأي المجلس ملزم وهذا يعني أن رئيس الجمهورية لا يستطيع اجراء أي تعيين إلا بناء على اقتراح المجلس هذا ما هو حاصل مثلا بالنسبة لتعيين رئيس محكمة الدرجة الأولى، غير أن المجلس بهيئته المختصة التي ترعى شؤون قضاة النيابة لا يسعه إلا ابداء رأيه بشأن التشكيلات المتعلقة بهؤلاء القضاة، "وهذه الحالة ناتجة عن كون قضاة النيابة العامة في فرنسا هم ممثلي للسلطة التنفيذية أمام المحاكم".[2]

ثالثا-سلطة الرئيس الجزائري في تعيين القضاة: طبقا للمادة 7/78 من دستور 1996، فإن رئيس الجمهورية هو من يتولى تعيين القضاة بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء وباقتراح من وزير العدل طبقا لأحكام المادة الثالثة من القانون الأساسي للقضاء 2004، والتي تنص على تعيين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء.

وكان تعيين القضاة قبل صدور القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 يكون بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل وبعد أخذ رأي المجلس، أما بعد صدور قانون 1989، فيتم ذلك بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس "ألغيت عبارة استطلاع رأي المجلس وعدلت بعبارة مداولة المجلس وهذا ما دعم استقلالية القضاء".[3]

وهكذا، يأخذ المشرع الجزائري بنظام تعيين القضاة ولذا فإنه وضع شروطا للتوظيف وحدد اجراءات الالتحاق بالعمل، وطبقا للمادة 38 من القانون الأساسي للقضاء 2004

---

[1]- للمزيد أنظر: جان فولف: **النيابة العامة**، ترجمة: نصر هايل، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2006، ص26.
Bernard Stirn: **Les Sources Constitutionnelles du droit administratif**, 3 éme éditions, L.G.D.J, - paris. 1999, p106-109.

[2]- نقلا عن نبيل شديد رعد: المرجع السابق، ص66.

[3]-نقلا عن بطيمي حسين: "**استقلالية السلطة القضائية في ظل دستور 1996**"، الملتقى الدولي الثاني لكلية الحقوق، التعديلات الدستورية في البلدان العربية، جامعة ثليجي الأغواط، 07 ماي2008، ص05.

"يوظف القضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء"، وهذه الشروط كما يلي: الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة، المؤهل العلمي، السن، التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، حسن السيرة والسلوك.

ويتبع في طريقة تعيين القضاة طريقتين: التعيين بعد النجاح في المسابقة وهي مفتوحة لكل من يحمل شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة أخرى تعادلها وبعد استيفاء الشروط المنصوص عليها في المواد من 37 الى 39 من نفس القانون، تفتح المسابقة بقرار من وزارة العدل ويخضع المترشحون لاختبارات كتابية وشفهية، يعين بعدها الناجحون في الاختبارات بصفتهم طلبة قضاة بالمدرسة العليا للقضاء وبعد أن يتلقوا تكوينا نظريا وتطبيقيا لمدة ثلاث سنوات يتوجون بالحصول على شهادة المدرسة العليا للقضاء، حينئذ يتم تعيينهم لدى الجهات القضائية بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء؛ بمعنى أن رأي المجلس الأعلى للقضاء هو الزامي للوزير وبالتالي فاقتراح وزير العدل يجب أن يكون مطابقا لمداولة المجلس وهو الأمر الذي يعزز استقلالية السلطة القضائية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو من يضمن حياد الوزارة؟ ولما لا يفتتح الطعن في نتائجها أمام القضاء؟ لذا يقترح المرء على المشرع الجزائري أن تتم المسابقة تحت اشراف المجلس الأعلى للقضاء، لأن ذلك يترتب عليه ضمانات أكبر لاستقلالية القضاة.

وقد يكون تعيين القضاة بطريق مباشر وهو استثناء من الطريق الأول للتعيين وقد نصت عليه المادة 41 من القانون الأساسي للقضاء والتي تنص على أنه "يتم التعيين المباشر وبصفة استثنائية في المناصب القضائية التالية:- مستشارين في المحكمة العليا أو مستشاري بمجلس الدولة، وذلك بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء على أن لا تتجاوز هذه التعيينات 20% من المناصب المالية المتوفرة من:- حاملي شهادة دكتوراه دولة بدرجة أستاذ التعليم العالي والذين مارسوا فعلا عشر سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي، والمحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذين مارسوا فعلا عشر سنوات على الأقل بهذه الصفة"، إذن فدور مجلس الأعلى للقضاء في تعيين القضاة هو دور تداولي ملزم في

قراراته، خلافا لما كان عليه الأمر في المرسوم التشريعي رقم 92- 05 المؤرخ في 04 اكتوبر 1992 المعدل والمتمم للقانون الأساسي للقضاء والذي كان يمنح للمجلس الأعلى للقضاء دورا استشاريا في مجال تعيين القضاة.(1)

المطلب الثاني:

سلطة رئيس الجمهورية في ترقية القضاة ونقلهم وعزلهم

لم تتفق النظم الدستورية في مسألة ترقية القضاة ونقلهم وعزلهم على طريقة واحدة، فالبعض لم يأخذ بنظم الترقية والنقل مثل بريطانيا، والبعض الآخر لم يجعل للسلطة التنفيذية أي دور في تلك المسائل مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وبعضها جعل من تلك المسائل أمورا مشتركة بين السلطتين التنفيذية والقضائية مثل فرنسا ومصر، فما هو موقف المشرع الجزائري؟ هذا ما سنوضحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: ترقية القضاة إلى الوظائف النوعية

أوكل المشرع الجزائري مهمة فحص ملفات المترشحين للترقية للمجلس الأعلى للقضاء طبقا لأحكام المادة 20 من القانون العضوي 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس وهي تخضع لشروط والمتمثلة في الأقدمية والتنقيط السنوي ثم التسجيل في قائمة التأهيل، وبالعودة الى أحكام المادة 51 من القانون المذكور أعلاه نجدها قد حددت قواعد ترقية القضاة على أساس ما يبذله القضاة من مجهود كمي؛ أي إحصاء عدد القضايا التي فصل فيها القاضي، خلال مدة زمنية معينة.

ويبدو أن اعتماد هذا الأسلوب بصفة رئيسية ينعكس سلبا على القاضي في نوعية أداء عمله القضائي، وذلك لما يتطلبه هذا الأسلوب من سرعة في الفصل في الملفات المجدولة لديه، دون دراسة وتفحص كاف لأهمية النزاع المعروض عليه، لذلك نجد المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المعيار لوحده وأضاف له أسلوب آخر للتقييم وهو المجهود النوعي وهو درجة فحصه ودراسته للملفات، وقدرات القاضي العلمية وكفاءته في البحث والتحري للوصول إلى الحقيقة، وكيفية استنباط النتائج من الأسباب المعروضة عليه وخاصة مع تنوع التشريعات

(1)- مجيد بن الشيخ أمين سيدهم: المرجع السابق، ص33.

وغموضها أحيانا، أما بالنسبة لكيفية تقييم المجهود الكيفي، فقد لجأ المشرع إلى أسلوب التنقيط، والجدير بالذكر أن مهمة التنقيط متروكة للقضاة حسب الجهة القضائية دون تدخل من وزارة العدل ويتم تنقيط القضاة حسب الجهة القضائية التابعين لها كالآتي:

"-ينقط قضاة الحكم للمحكمة العليا، ومجلس الدولة من طرف رئيسا هاتين الجهتين القضائيتين بعد استشارة رؤساء الغرف.

-ويتولى رئيس المحكمة الإدارية تنقيط قضاة الحكم التابعين لمحكمته بعد استشارة رؤساء الأقسام.

-وينقط رئيس المجلس القضائي قضاة الحكم العاملين في دائرة اختصاص المجلس بعد استشارة رؤساء الغرف او رؤساء المحاكم حسب الحالة.

-يتولى النائب العام لدى المحكمة العليا، أو النائب العام لدى المجلس القضائي تنقيط قضاة النيابة التابعين له، وينقط محافظ الدولة لدى مجلس الدولة ومحافظ الدولة لدى المحكمة الادارية مساعديه، وتجدر الإشارة أن رئيس المجلس القضائي يستطلع أراء وكلاء الجمهورية المعنيين فيما يخص تنقيط قضاة النيابة التابعين لمحاكمهم".[(1)]

كما يحق للقضاة التظلم بشأن تنقيطهم لدى المجلس الأعلى للقضاء، بموجب عريضة تتضمن أسباب التظلم، والذي عليه البت فيه في أقرب دورة له.[(2)]

وتقضي المادة 48 من القانون رقم 04- 11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء بأن تحدث وظائف قضائية نوعية مؤطرة لجهاز القضاء، ويتم التعيين فيها بموجب مرسوم رئاسي دون اشتراك المجلس الأعلى للقضاء وهي حسب المادة 49 منه:- "الرئيس الأول للمحكمة العليا، رئيس مجلس الدولة، النائب العام لدى المحكمة العليا، محافظ الدولة لدى مجلس الدولة، رئيس مجلس قضائي، رئيس محكمة إدارية، نائب عام لدى مجلس قضائي، محافظ الدولة لدى محكمة إدارية".

[(1)]-أنظر المادتان 52 و53 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء واللتان تنصان على كيفيات تنقيط القضاة.

[(2)]-أنظر المادة 33 من نفس القانون.

كما يقضي نفس القانون على الوظائف القضائية النوعية الأخرى والتي يتم التعيين فيها بموجب مرسوم رئاسي بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء وذكرها على سبيل الحصر وهي: نائب رئيس المحكمة العليا، نائب رئيس مجلس الدولة، نائب عام مساعد لدى المحكمة العليا، نائب محافظ الدولة بمجلس الدولة، رئيس غرفة بالمحكمة العليا، رئيس غرفة لدى مجلس الدولة، نائب رئيس المجلس القضائي، نائب رئيس محكمة ادارية، رئيس غرفة بمجلس قضائي، رئيس غرفة بمحكمة إدارية، النائب العام المساعد الاول لدى المجلس القضائي، محافظ الدولة المساعد لدى محكمة إدارية، قاضي تطبيق العقوبات، رئيس محكمة، وكيل جمهورية، قاضي التحقيق.[1]

مما تقدم، يتضح أن استشارة المجلس الأعلى تقتصر على التعيين في الوظائف النوعية المحددة في المادة 50 فحسب، أما التعيين في الوظائف النوعية الأخرى الواردة في المادة 49 فلا يخضع لاستشارة المجلس الأعلى للقضاء، ومن ثمة لا تخضع ترقية هؤلاء القضاة إلى هذه الوظائف النوعية لدراسة ورأي المجلس الأعلى للقضاء.

كما أن التعيين في الوظائف النوعية الأخرى من قبل وزير العدل لا يتطلب إلا استشارة المجلس الأعلى، وهذه الاستشارة يمكن أن لا يأخذ بها الوزير لأنها غير ملزمة وهو ما يبدو انتقاصا من سلطة المجلس الأعلى المخول دستوريا أن يقرر بشأن تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي، وهذه الوظائف النوعية هي التي يتضمنها التنظيم السلمي وهي المقصودة بسير سلمهم الوظيفي اي تدرج القضاة لهذا السلم الوظيفي.

وبما أن الادارة هي التي تتولى تحضير ملفات القضاة الذين ترشحهم للوظائف النوعية ويقترحهم وزير العدل على رئيس الجمهورية لإصدار مراسيم تعيينهم، فيمكن القول أن الادارة(وزارة العدل)هي التي تشرف فعليا على المسار المهني للقضاة وليس المجلس الأعلى للقضاء كما جاء في الدستور، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى تبعية القاضي للسلطة التنفيذية[2] ،لذلك قد يكون على المشرع الجزائري أن ينص على وجوب الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء في التعيينات في المناصب النوعية المؤطرة لجهاز القضاء، لضمان

---

[1]-أنظر المادة 50 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

[2]- بن عبيدة عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص433.

استقلالية أكبر لهؤلاء القضاة وليس للرئيس الذي يعينهم في تلك المناصب، وهذا الأمر يستوجب حتما تعديل المادتين 49 و50 المشار إليهما أعلاه بإعادة صياغتهما على النحو الذي يجعل الترقية للوظائف القضائية النوعية من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء.

وإذا ما ألقينا نظرة على الوضع في فرنسا والتي يعد قانونها مصدرا تاريخيا للقانون الجزائري ستبدو سمات الترقية فعالة من خلال خدمات التفتيش القضائي وتقوم هذه الوحدة بشكل اساسي بدور يجعل القضاة يتحملون مسؤولية عملهم ويزرع الطموح لدى القضاة من أجل الترقية في المناصب القضائية العليا ورئيس هذه الوحدة (التفتيش القضائي) هو أيضا عضو في لجنة الترقية، وبالتالي فالمعرفة التي تحصل عليها هذه الوحدة يكون لها دور في اعتبارات الترقية، ويتم تنقيط القضاة في فرنسا كل سنتين من طرف رؤساء الهيئات القضائية بناء على أربعة معايير وهي: المهارات المهنية، المهارات القضائية والتقنية، قدرات التنظيم والتسيير، التزام الاحترافية.(1)

أما في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فلا يؤخذ بنظام ترقية القضاة ونقلهم، حيث يظل القاضي المعين في مركزه الذي تم تعيينه فيه حتى يستقيل أو يموت وهذا من شأنه ضمان استقلاله وحياده.(2)

الفرع الثاني: نقل القضاة

حق الاستقرار مضمون لقاضي الحكم الذي مارس عشر سنوات من الخدمة الفعلية في سلك القضاء، فلا يجوز نقله أو تعيينه في مناصب جديدة بالنيابة العامة أو بسلك محافظي الدولة أو بالإدارة المركزية لوزارة العدل ومؤسسات التكوين والبحث التابعة لها أو المصالح الإدارية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة أو أمانة المجلس الاعلى للقضاء إلا بناء على موافقته، كل ذلك يتم تحت اشراف المجلس وبعد مداولته طبقا للقانون، أما ما عداهم فحركتهم دورية حسب الحاجة وليس لها معايير واضحة، إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات، بحيث يمكن أن يتعرض القاضي إلى إجراء النقل دون موافقته رغم توافر الشروط القانونية

(1)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص77- 78.

(2)- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص97.

التي تمكنه من حق الاستقرار، فقد يتعرض قضاة الحكم إلى النقل في إطار الحركة السنوية للقضاة التي يمارسها المجلس الأعلى للقضاء لاعتبارات المصلحة العامة وحسن سير جهاز العدالة، ويبدو أن هذا الاستثناء الذي جاء به المشرع لا يتعارض مع حق الاستقرار الذي ضمنه المشرع الجزائري للقضاة، إذ أن المصلحة العامة في مفهومها الواسع يمكن أن تفسر من اجل حماية القاضي نفسه، وحفاظا على حياده، ويحق له أن يقدم تظلما بشأن النقل الذي تعرض إليه أمام المجلس الأعلى للقضاء، في أجل شهر من تاريخ تنصيبه والذي يبت فيه في أقرب دورة له.[1]

أما بخصوص قضاة النيابة، فإنهم يخضعون للتبعية التدرجية لوزير العدل كونه هو الرئيس الأعلى للنيابة وهي سلطة تخوله الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة فيحق للوزير نقل قضاة النيابة او محافظي الدولة أو تعيينهم في مناصب أخرى بناء على ضرورة المصلحة العامة وحسن سير قطاع العدالة مع اخطار المجلس الأعلى للقضاء بذلك في أول دورة له حتى يتمكن من مراقبة الأسباب التي اقتضت اتخاذ هذا الإجراء من طرف وزير العدل، عكس قضاة الحكم والتحقيق الذين لا يخضعون في مباشرة مهامهم لأي تبعية أو رقابة إلا رقابة القانون طبقا للمادتين 147 و148 من الدستور، أما بخصوص حق قضاة النيابة العامة في التظلم أمام المجلس الأعلى للقضاء فلم ينص عليه المشرع الجزائري، ولكن يبدوا أن لهم الحق في التظلم انطلاقا من نص المادة 33 من القانون الأساسي للقضاء، التي مكنت القاضي من تقديم تظلم في حالة اعتقاده أنه تضرر بحرمانه من أحد الحقوق التي أقرها القانون له. ولكن السؤال المطروح ما هو الأساس الذي جعل المشرع الجزائري ينص على تبعية قضاة النيابة العامة لوزير العدل؟ وما هو الاساس الذي جعله يمنح لوزير العدل سلطة تقرير نقل قضاة النيابة؟

رغم وجود المواد 138- 147- 148- 155 فهذه الأحكام في الدستور لا تقيم أي تفرقة بين القضاة العاديين وقضاة النيابة، على عكس دستور 1958 الفرنسي الذي ينص صراحة في المادة 4/64 على أن القضاة الجلوس(العاديين)غير قابلين للنقل بما يفهم منه

[1]-أنظر المادة 26 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

أنه يمكن أن يخضع قضاة النيابة للنقل والعزل، هذا النص لامثيل له في الدستور الجزائري، مما يدفع إلى القول بأن المشرع تبنى أحكاما مخالفة للدستور الجزائري، كما أن التعديلات الأخيرة في فرنسا أعطت ضمانات للنواب العامين لدى محاكم الاستئناف لنقلهم بعد سبع سنوات من أدائهم، وهذا ما يماثل نظرائهم رؤساء محاكم الاستئناف، فلا يمكن ممارسة مهمة النائب العام أكثر من7سنوات أمام نفس المجلس القضائي حسب ما جاء به القانون العضوي رقم 2010- 830 المؤرخ في 22 جويلية 2010 والمتعلق بتطبيق المادة 65 من الدستور الفرنسي، فقد تضمن أحكام تعدل القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء[1] خاصة المادة 20 منه والتي تنص على "لا يمكن ممارسة مهمة النائب العام أكثر من سبع سنوات أمام نفس المجلس القضائي"؛ بمعنى استقرارهم لمدة سبع سنوات ثم نقلهم.

الفرع الثالث: عزل القضاة

مفهوم هذا المبدأ أنه لا يجوز عزل القاضي بواسطة السلطة التنفيذية وإنما بواسطة جهة قضائية يعود لها الحق في تقدير أفعال القاضي التي تستوجب العزل، لأنه لا يجوز أن تترتب مسؤولية الحكومة على أعمال القضاة، فالحكومة تسأل على أعمال موظفيها لما لها عليهم من سلطة التوجيه والرقابة، وهو مالا تملكه بالنسبة للقضاة الذين لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون.[2]

ولقد استقر مبدأ عدم عزل القضاة كقاعدة اساسية في جميع الدول إلى درجة رفعه إلى مستوى القواعد الدستورية، كما هو الحال في الدستور الأمريكي[3]، إذ يتولى القضاة الاتحاديون مناصبهم مدى الحياة وهم غير قابلين للعزل إذا كان سلوكهم حسنا، ومع ذلك يجوز عزلهم إذا ارتكبوا سلوكا فاحشا، عن طريق السلطة التشريعية وذلك من خلال المحاكمة البرلمانية، حيث يتولى الكونغرس توجيه الاتهام، بينما يقوم مجلس الشيوخ بالمحاكمة، وبالعودة إلى الواقع العملي، فإننا نجد أن حالات عزل القضاة الاتحاديين قليلة

(1)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص81-82.

(2)-وسيم حسام الدين الأحمد: **استقلال القضاء**، منشورات الحلبي، بيروت، 2012، ص93.

(3)- أنظر المادة2/3 من الدستور الأمريكي.

نسبيا، حيث لم يتم ذلك رسميا سوى سبع مرات فقط أولها عام 1804م وآخرها عام 1889م.[1]

وبناء عليه، لا يتمتع الرئيس الأمريكي بأية سلطة في مسألة عزل القضاة الفيدراليين، ويتغير الحال عندما يملك الرئيس أغلبية الثلثين في المجلسين، حيث تصبح السلطة التشريعية أداة يستطيع الرئيس من خلالها أن يؤثر على القضاء في مسألة العزل هذا من جهة، كما أن إسناد العزل للسلطة التشريعية سلاح بيدها ضد السلطة القضائية بإمكانها استخدامه في حالة وجود خلاف بينهما من جهة، ومن جهة ثانية يعد انتهاكا فاضحا لمبدأ استقلال القضاء وذلك يعود لمحاكمة القضاة أمام الكونغرس مثلهم مثل اعضاء السلطة التنفيذية.

كما خول المؤسس الدستوري الجزائري بدوره وبموجب المادة 155 من دستور 1996 إلى المجلس الأعلى للقضاء إدارة المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وترقية وتأديب، لكن هل الغرض هو تمثيل القضاة، أم يتمثل في ضمان استقلالية القضاة؟ لهذا يتعين علينا دراسة تشكيلة المجلس كهيئة تأديبية(أولا)، ثم مراحل الدعوى التأديبية(ثانيا)، وصولا للفصل في الدعوى(ثالثا):

أولا–تشكيلة المجلس كهيئة تأديبية: حسب المادة 21 وما يليها من القانون المتعلق بتشكيل المجلس، يتكون من: الرئيس الأول للمحكمة العليا–رئيسا– ، الممثل القانوني لوزير العدل، المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بوزارة العدل، عشر قضاة الأعضاء بالمجلس الأعلى للقضاء، والقاضي رئيس أمانة المجلس الأعلى للقضاء.

إذن رئيس الجمهورية لا يرأس المجلس الأعلى للقضاء حال انعقاده في كامل هيئته التأديبية، وكذلك وزير العدل كونه هو من يباشر الدعوى التأديبية بشخصه أو بممثل عنه من بين أعضاء الإدارة المركزية لوزارة العدل والذي يشارك في المناقشات ولا يحضر

---

[1]-وسيم حسام الدين الأحمد: المرجع السابق، ص162.

المداولات، ونفس الشيء للمدير المكلف بتسيير سلك القضاة بوزارة العدل فحضوره يقتصر على الاجتماعات دون المداولات.[1]

أما في فرنسا فالوضع مختلف خاصة بعد التعديل الدستوري 2008 فالمادة 65 من الدستور تشير إلى المجلس الأعلى للقضاء كهيئة تأديبية في تشكيلتين، الأولى فيما يخص القضاة العاديين والأخرى مختصة في مواجهة قضاة النيابة العامة.

فالتشكيلة المختصة فيما يتعلق بالقضاة الجلوس(الحكم)هي: الرئيس الأول لمحكمة النقض– رئيسا– ، خمسة قضاة عاديين، مستشار واحد من النيابة العامة، مستشار دولة معين من طرف مجلس الدولة، محام، ست شخصيات مؤهلة ولا ينتمون لا إلى البرلمان ولا إلى النظام القضائي ولا إلى النظام الاداري، ويعين كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ شخصيتين من بين ستة، والتعيينات التي يدلي بها كل من رئيسي جمعيتي البرلمان تخضعان لرأي اللجنة الدائمة ذات الاختصاص في كلا الجمعيتين المعنيتين.

أما التشكيلة المختصة في مواجهة قضاة النيابة العامة فهي: النائب العام لدى محكمة النقض–رئيسا– ، خمسة من قضاة النيابة العامة، قاضي واحد من قضاة الجلوس، مستشار دولة معين من طرف الدولة، محام، ست شخصيات مؤهلة(نفسها تلك التي تشكل كتلة في التشكيلة المختصة في مواجهة القضاة العاديين).

وللإشارة، فإنه في حال انعقاد تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء كهيئة تأديبية في مواجهة القضاة العاديين، فإنه يتضمن فضلا عن الأعضاء السابق ذكرهم القاضي العادي الذي ينتمي إلى التشكيلة المختصة في مواجهة قضاة النيابة العامة.

وفي حال انعقاده كهيئة تأديبية في مواجهة قضاة النيابة العامة، فإنه يتضمن فضلا عن التشكيلة المشار إليها قاضي النيابة العامة المنتمي إلى التشكيلة المختصة في مواجهة القضاة العاديين.

---

[1]-سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 64.

هذا وينتخب العشرة قضاة وأعضاء النيابة من داخل الهيئة القضائية نفسها، كما ينص في حالة اجتماع المجلس الأعلى للقضاء بصفته التأديبية يتم بغياب رئيس الجمهورية ووزير العدل.[1]

مما يعني أن رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس تزول عنه عندما يصبح المجلس الأعلى للقضاء مجلسا تأديبيا ويتولى رئاسته في فرنسا الرئيس الأول لمحكمة النقض، والرئيس الأول للمحكمة العليا في الجزائر، وهو أمر يكفل له الاستقلال والحياد، ويجعل من شؤون القضاة أمرا متعلقا بهم دون تدخل من السلطة التنفيذية.

ثانيا–الدعوى التأديبية: بما أن القاضي موظف قد يرتكب أخطاء حال ممارسته لمهامه تستحق إصلاحها، فقد أسندت مهمة رقابة انضباط القضاة وتأديبهم إلى المجلس الأعلى للقضاء، بموجب المادة 914 من الدستور "القاضي مسؤول أمام المجلس الاعلى للقضاء"، أي أن لهذا المجلس دور المراقب الأول لسير العمل القضائي.

حينئذ، يحيل وزير العدل ملف الدعوى التأديبية ضد القضاة إلى رئيس المجلس الأعلى في تشكيلته التأديبية وهو الرئيس الأول للمحكمة العليا، وبعد تسجيل الدعوى التأديبية المحالة على المجلس وتحضيرها من طرف المكتب الدائم للفصل فيها، يقوم رئيس هذا المجلس بفتح الجلسة من طرف الهيئة التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء، وبعد تلاوة القاضي المقرر لتقريره المكتوب يقدم القاضي ودفاعه توضيحاته بشأن ما نسب إليه، ويمكن لممثل وزير العدل وبقية أعضاء المجلس توجيه الأسئلة مباشرة إلى القاضي ويرد عليها القاضي المعني مباشرة، وبعد انتهاء المناقشات تنسحب الهيئة التأديبية للمداولة في جلسة مغلقة ودون حضور ممثل وزير العدل ولا المدير المكلف بتسيير شؤون القضاة ومداولات المجلس سرية.[2]

وفي حالة الإدانة تطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاء، هذا الأخير حدد الأخطاء المهنية التي تفتح بها الدعوى، حيث تنص المادة 60 منه على

[1]-نبيل شديد رعد: المرجع السابق، ص 70.

[2]-أنظرالمادة21 وما يليها من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء.

مفهوم الخطأ التأديبي بأنه "كل تقصير يرتكبه القاضي إخلالا بواجباته المهنية، ويعتبر أيضا خطأ تأديبيا بالنسبة لقضاة النيابة العامة ومحافظي الدولة كل إخلال بالواجبات الناتجة عن التبعية التدرجية"، وتنص المادتان 61 و62 من نفس القانون على الأخطاء المهنية الجسيمة على سبيل الحصر والتي تؤدي بالقاضي إلى العزل وهي: كل عمل أو امتناع صادر عن القاضي من شأنه المساس بسمعة القضاء أو عرقلة السير الحسن للعدالة، عدم التصريح بالممتلكات بعد الاعذار، التصريح الكاذب بالممتلكات، خرق واجب التحفظ من طرف القاضي المعروضة عليه القضية بربط علاقات بينة مع أحد أطرافها بكيفية يظهر منها افتراض قوي لانحيازه، ممارسة وظيفة عمومية أو خاصة مربحة خارج الحالات الخاضعة للترخيص الاداري المنصوص عليه قانونا، المشاركة في الإضراب أو التحريض عليه أو عرقلة سير مصلحة العدالة، افشاء سر المداولات، انكار العدالة، الامتناع عن التنحي عمدا في الحالات المنصوص عليها في القانون.

أما قانون العقوبات، فيبين من جهته جرائم القانون العام، فإذا ما تمت متابعة قاض بإحدى جرائم القانون العام وأدين نهائيا، فإن ذلك حتما سيؤدي إلى متابعته تأديبيا. فهذا التحديد الحصري للجرائم والعقوبات من جهة، والاخطاء المهنية والعقوبات المقابلة لها من جهة أخرى ضمانة لعدم التعسف في الدعوى التأديبية ضد القاضي، وبذلك متى وصل إلى علم وزير العدل قيام قاض بارتكاب خطأ مهني جسيم أخل بموجبه بإحدى واجباته المهنية، أو ارتكب إحدى جرائم القانون العام مخلة بشرف المهنة، فإنه يتولى مباشرة الدعوى التأديبية، وله أيضا أن يوقف القاضي مؤقتا عن ممارسة نشاطه إلى حين الفصل في الدعوى التأديبية المباشرة ضده أمام المجلس الأعلى للقضاء، وقد حددت المواد 65- 66- 67 من القانون الأساسي للقضاء حالات إيقاف القاضي تحفظيا فيمكن لوزير العدل إيقافه في حال ارتكابه خطأ مهني جسيم، حيث لا تسمح ملابسات هذا الخطأ ولا ظروف حدوثه بقاء القاضي في منصبه وممارسة نشاطه ويجب على وزير العدل اجراء تحقيق أولي إلزامي وله أن يطلب من القاضي المعني توضيحات بشأن هذا الخطأ.[1]

[1]-أنظر المادة 65 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

ولخطورة هذا الاجراء(التوقيف)وتأثيره على استقلال القضاء فقد أحاطه المشرع الجزائري بضمانات أهمها: 1-عدم إمكانية نشر هذا الوقف: حفاظا على سمعة القاضي من التشهير، لأن التوقيف تحفظي فقط ويمكن إبطال قرار التوقيف من قبل المجلس الأعلى للقضاء[1]، لكن لم يقر أي جزاء على عدم احترام ضمان نشر قرار الإيقاف؟

2-تحديد الفعل الذي انتج مقرر التوقيف: والغرض من ذلك أن المشرع حصر قرار الوقف على الأخطاء الموصوفة بأنها ماسة بشرف المهنة دون سواها، بالإضافة إلى التحقيق الأولي الذي يتعين على وزير العدل اجراؤه من مراقبة التكييف الصحيح للوقائع المنسوبة إليه.

3-استمرار القاضي الموقوف بموجب قرار وزير العدل في تقاضي مرتبه كاملا خلال فترة ستة اشهر، تبدأ اعتبارا من يوم صدور قرار الايقاف.[2]

4-وجوب الفصل في الدعوى التأديبية خلال مدة ستة اشهر التالية لوقف التوقيف التحفظي، لكن يمكن تأخر جدولة القضية على مستوى المجلس اكثر من ستة اشهر من تاريخ الايقاف؟

5-إعادة القاضي إلى منصبه في حالة عدم الفصل في الدعوى التأديبية خلال الأجل المذكور من طرف مجلس القضاء.[3]

وقد تكون هذه الضمانات ضعيفة مقارنة مع ما يملكه وزير العدل من سلطة في توجيه الإنذار إلى القضاة، فهذا قد يعد تدخلا غير مبرر في تأديب القضاة، فلا يوجد معيار يقيده في تقدير مدى جسامة الخطأ المنسوب للقاضي، ودون أن يراعي المشرع الذي سمح بهذا الإجراء أن المؤسس الدستوري أحاط تأديب القضاة بالاستقلال التام من أي تدخل من طرف السلطات الاخرى، لذلك على المشرع أن يتدارك ذلك ويسحب هذه السلطة من وزير العدل

---

[1]-أنظر المادة 2/65 من نفس القانون.

[2]-أنظر المادة 66 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

[3]-أنظر المادة 2/66 من نفس القانون.

وله أن يتركها لرؤساء الجهات القضائية مع فتح إمكانية الطعن في هذه العقوبة(الإنذار) أمام المجلس الأعلى للقضاء.

ثالثا-الفصل في الدعوى التأديبية: تكريسا للضمانات الممنوحة للقاضي، فقد تم التنصيص على حقوق القاضي المتابع ومن بينها:

1-تعيين قاضي مقرر : قبل أن يفصل مجلس القضاء في الملف التأديبي للقاضي، فإن الهيأة التأديبية لدى المجلس تعين قاض مقرر يقوم بإعداد تقريره إلى المجلس ويتضمن نتائج التحقيق، ويتم تعيين القاضي المقرر من بين القضاة الأعضاء في المجلس شرط أن يكون في نفس رتبة القاضي المتابع تأديبيا، ثم يقوم بتحرير محضر يلخص فيه اجراءات التحقيق والنتائج المتوصل إليها، وفي حالة غياب القاضي عن الجلسة، يجب عليه أن يقدم مبرر الغياب، كما يجوز للمجلس الفصل في غياب القاضي بعد التحقيق من تبليغه الاستدعاء أوفي حالة رفض العذر الذي تقدم به وفي هذه الحالة يعتبر القرار الذي يتخذه المجلس حضوريا.[1]

2-الحق في الدفاع: كما يمكن للقاضي أن يستعين بمدافع من بين زملائه القضاة أو بمحام، كما يحق للقاضي المتابع أو المدافع عنه الاطلاع على ملفه التأديبي، وذلك قبل خمسة أيام من يوم عقد الجلسة.[2]

3-تعليل قرار المجلس الأعلى للقضاء: إن المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية يجب أن يعلل قراراته الصادرة في مواجهة القضاة.[3]

ويلاحظ أن القانون الأساسي للقضاء لم يحدد العقوبات المقابلة لكل فعل من الأفعال التي تشكل خطأ تأديبي، وبالتالي ترك للمجلس سلطة ملائمة العقوبة حسب جسامة الأفعال المرتكبة، باستثناء المادة 63 من القانون الأساسي للقضاء والتي حددت عقوبة العزل المقابلة

---

[1]-أنظر المادتان 27 و28 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء.

[2]-أنظر المادتان 29 و30 من نفس القانون.

[3]-أنظرالمادة 32 من نفس القانون.

للخطأ التأديبي الموصوف بأنه خطأ مهني جسيم أو تعرض القاضي لعقوبة جنائية أو الحبس من أجل جنحة عمدية.

كما حددت المادة 68 من نفس القانون وعلى سبيل الحصر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى إلى الدرجة الرابعة وهي: 1-العقوبات من الدرجة الأولى: تتمثل في التوبيخ والنقل التلقائي.

2-العقوبات من الدرجة الثانية: التنزيل من درجة واحدة إلى ثلاث درجات، سحب بعض الوظائف، القهقرة بمجموعة أو مجموعتين.

3-العقوبات من الدرجة الثالثة: التوقيف لمدة أقصاها 12 شهر مع الحرمان من كل المرتب أو جزء منه.

4-العقوبات من الدرجة الرابعة: الإحالة على التقاعد التلقائي، العزل.

وأوجبت المادة 69 من القانون الأساسي للقضاء نقل القاضي تلقائيا إذا ما وقعت عليه عقوبة تأديبية من الدرجة الثانية أو الثالثة.

ويسهر وزير العدل على تنفيذ العقوبات من الدرجة الأولى إلى غاية الدرجة الثالثة، أما العقوبات من الدرجة الرابعة فتكون بموجب مرسوم رئاسي.[1]

لكن بصدور قرار المجلس الأعلى للقضاء بكامل هيئته التأديبية هل يمكن الطعن في القرارات التأديبية؟

ولم يبين القانون الأساسي للقضاء ما إذا كانت قرارات المجلس الأعلى للقضاء كهيئة تأديبية تقبل الطعن أم لا أمام مجلس الدولة؟ لذلك يطرح التساؤل حول أحكام المادة 32 من نفس القانون، لماذا لم تنص على أحقية القاضي في الطعن في قرارات المجلس؟ لذلك يتمنى المرء أن يدرج في هذه المادة حق الطعن لكل قاض أمام المجلس وهذا الأخير يفصل في الطعن.

[1]- أنظر المادة 70 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

ويبدو من خلال ضمانات المحاكمة العادلة والتي نجدها في التشريع الجزائري من خلال القانون الأساسي للقضاء والقانون المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء، واجراءات الدعوى التأديبية أمام المجلس(قاضي، مقرر، تحقيق، ...)، **إن هذا المجلس ذو طبيعة قضائية عضويا ووظيفيا**، ولكن ذلك لا يجعله بمعزل عن رقابة النقض لمجلس الدولة.

كما أنه وبالنظر إلى زاوية مبدأ المسؤولية، فإن القضايا المتعلقة بمسؤولية القضاة عن الأخطاء تتحملها الدولة، فمسؤولية الدولة تضمن مسؤولية القضاة مع وجود استثناءات أقرها مجلس الدولة الفرنسي مثل حالتي انكار العدالة أو الخطأ الجسيم فقضايا المسؤولية المتعلقة بالقضاة ترفع ضد الدولة ممثلة في وزير العدل ولا ترفع ضد المجلس الأعلى للقضاء فالسلطة الإدارية المركزية هي وزارة العدل.[(1)]

كما أن المؤسس الدستوري أسس المجلس الأعلى للقضاء في الفصل الثالث المتعلق بالسلطة القضائية، وهذا ما يدعم أطروحة الطبيعة القضائية للمجلس وللقرارات الصادرة عنه، لذلك فمجلس الدولة يراقب مدى قانونية هذه القرارات بصفته قاضي نقض يراقب التطبيق السليم للقانون.

ولكن، القضاة المشكلين للمجلس التأديبي هم منتخبون من طرف زملائهم، فكيف تكون للمجلس طبيعة قضائية وتكون لقراراته نفس الطبيعة والقضاة يحاكمون زملاءهم ممن انتخبوهم؟

في فرنسا أدى هذا الأمر بالمشرع إلى تغليب الأعضاء الخارجين على القضاة في تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء، فالقضاة أصبحوا أقلية، ومبرر ذلك هو أنه ليس من الممكن أو قلما يتم معاقبة القضاة من طرف زملائهم الذين انتخبوهم.

لكن هذا المبرر غير منطقي، لأن تشكيلة المجلس التأديبي تضمن استقلاليته عضويا، ونزاهة هؤلاء القضاة تضمن مصداقية قراراتهم التأديبية ويعزز من تلك الضمانات، أن أساس القضاء هو الشرعية والمساواة.

---

(1)-سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص96.

أما التعديلات التي جاء بها القانون الفرنسي فيما يخص المحاكمة التأديبية للقضاة مثل إمكانية الإخطار المباشر للمجلس الأعلى للقضاء من قبل المتقاضين، واجراءات إخطار المجلس، والذي يكون بواسطة توجيه شكوى ضد قاض لا يزال يستكمل الاجراءات، فإنها ليست طريقا جديدا للطعن فلا يمكن إعادة النظر في القرارات القضائية بواسطتها فلا يعقل أن يقوم متقاض بتقديم شكوى ضد قاضي مستقل إلى أحد أعضاء السلطة التنفيذية.[1]

ويرغب المرء في اقتراح فتح المشرع الجزائري مثل هذه الإمكانية ليتسنى للمتقاضين إخطار المجلس الأعلى للقضاء بكل سلوك أو خطأ تأديبي يصدر عن القاضي حال أدائه لمهامه.

هذا، ويلاحظ أنه يمكن أن يطرح اشكال أيضا في تنفيذ القرارات في حالة امتناع الوزير عن إصدار قرار يخص تنفيذ قرار المجلس الأعلى ليس فيما يتعلق بالعقوبات فحسب، ولكن حتى بالنسبة لقرارات المجلس الأعلى المتعلقة بالمسار الوظيفي للقضاة، كأن يقرر المجلس براءة القاضي الذي قرر وزير العدل إيقافه عن العمل[2]، أو أن تكون العقوبة المحكوم بها انتهت مدتها ومع ذلك لم يصدر قرار بإعادة القاضي إلى عمله، أو أن المجلس قرر عقوبة التنزيل من الدرجات والوزير يقرر بالإضافة إلى هذه العقوبة نقل القاضي إلى جهة قضائية، لأن المادة 4/19 من القانون المتعلق بتشكيل المجلس تنص ما يلي "يتم تنفيذ مداولات المجلس بقرار من وزير العدل"، هذه الجملة الأخيرة تكشف عن ثغرة هامة وهي ارتباط تنفيذ قرارات المجلس بصدور قرار من وزير العدل دون أن يحدد أجال تنفيذها، ويبقى الحل غائبا، لذلك يرى المرء ضرورة تعديل هذه المادة لتحديد أجال لتنفيذ قرارات المجلس الأعلى، وكيفية التظلم في حالة عدم التنفيذ.

لكل ذلك، يجب إعادة النظر في صياغة المواد المتعلقة بانضباط القضاة خاصة المادة 65 من القانون الأساسي للقضاء، ويستحسن ترك مسألة الأخطاء التأديبية الجسيمة والبسيطة والعقوبات المقررة لها للمجلس الأعلى للقضاء، ليكون قرار إيقاف القاضي في حالة ارتكابه خطأ جسيم يتخذ بعد أخذ رأي المجلس الأعلى وليس بعد إعلام المكتب الدائم

---

[1]-نزيه نعيم شلالا: **مخاصمة القضاة(دراسة مقارنة)**، منشورات الحلبي، بيروت، 1999، ص13.

[2]- أنظر المادة 65 من القانون رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

للمجلس؛ لأن قرار الإيقاف يصدره وزير العدل والمكتب الدائم يرأسه وزير العدل[1]، وبالتالي لا داعي لإعلام المكتب الذي يفترض علمه بقرار رئيسه.

مما تقدم، يتضح لنا أن رئيس الجمهورية يضطلع بدور هام في المجلس الأعلى للقضاء من خلال ترأسه له، فهو يمارس دورا أهم في تدخله بصورة مباشرة في شؤون القضاة من تعيين أغلبية أعضائه ونقل وتأديب وإقالة، هذه الصلاحيات الواسعة لرئيس الجمهورية وحصر دور المجلس الأعلى للقضاء في تقديم التوصيات إليه، تجعل الأمر أكثر تعقيدا خاصة إذا علمنا بأن التوصية بطبيعتها غير ملزمة، مما يفسح المجال له في أن يكون صاحب الكلمة العليا في شؤون القضاة، أي أن دور المجلس الأعلى للقضاء لا يتعدى الدور الاستشاري الذي لا يوازي دوره الهام في السلطة القضائية، هذه المظاهر تدفعنا للقول أن دور المجلس الأعلى للقضاء لا يعبر عن وجود سلطة قضائية حقيقية ولا عن استقلال عضوي للقضاة، فهو بمثابة جهاز تابع للسلطة التنفيذية بدلا من أن يكون ممثلا للسلطة القضائية المستقلة، وهذا لا يمكن القبول به للأسباب التالية:- إن رئاسة المجلس الأعلى للقضاء تتطلب شخصية ملمة بشؤون القانون والقضاء، وهذا مالا نألفه في رؤساء الدول. [2]

-إن سيطرة الرئيس على المجلس القضائي تدفع بعض القضاة إلى التودد له والتقرب منه لتعيينهم في مناصب قضائية مرموقة، مما يتعارض مع اعتبارات الكفاءة والنزاهة الواجب اتباعها في هذا المجال.

(1)-أنظر المادة 10 من القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء.

(2)- عدنان عاجل عبيدات: المرجع السابق، ص120.

الباب الثاني

أثر الاختصاصات القضائية الموسعة على دولة القانون

يعتبر منصب رئيس الجمهورية أرفع منصب لما يتمتع به من سلطات هامة، ولقد ازدادت سلطات رئيس الجمهورية بازدياد وظائف الادارة الحديثة وكثرة التعديلات الدستورية التي تناولت معظمها منصب رئيس الجمهورية سواء بزيادة اختصاصاته أو بتعديل مدة الرئاسة.

لقد بقيت مسؤولية رئيس الجمهورية دائما غامضة، لذلك أجمع الفقه على أنه ليس ثمة ما هو أخطر من أن توجد في الدولة هيئات لها نفوذ سياسي، دون أن تتحمل أي مسؤولية.

لهذا سنتناول في هذا الباب من هذه الدراسة مدى مسؤولية رئيس الجمهورية الجزائري على أعماله القضائية في الفصل الأول، ومتطلبات دولة القانون من خلال الوقوف على دور المجلس الدستوري الجزائري في الرقابة باعتباره أقوى آلية تخضع من خلالها أعمال رئيس الدولة للرقابة، فسنتعرض لها بالتحليل، ونبين موقف المؤسس الدستوري الجزائري منها في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

مسؤولية رئيس الجمهورية على أعماله القضائية

يتمتع رئيس الجمهورية باختصاصات واسعة ومتنوعة يختلف مداها بحسب النظام السياسي المعمول به في كل دولة، فتنوعت بين تنفيذية وتشريعية وقضائية، فهل يتحمل المسؤولية السياسية عن أعماله وتصرفاته القضائية؟ وكيف يمكن إحداث التوازن بين سلطة رئيس الجمهورية ومسؤوليته؟ وهل مركزه الرئاسي يكون مانعا لقيام المسؤولية الجنائية؟ هذه الأسئلة منبعها مبدأ سياسي هام وهو مبدأ تلازم السلطة والمسؤولية فحيث توجد السلطة تقوم المسؤولية وحيث توجد المسؤولية تقوم السلطة.

إلا أن الملاحظ هو أن الدستور الجزائري نص على أن الخطأ القضائي تتحمل الدولة مسؤولية التعويض عنه، لكنه سكت عن مسؤولية رئيس الجمهورية في الحالة التي يكون فيها الخطأ لصيقا به وبشخصه[1]، فهل يمكن في هذه الحالة تحريك مسؤولية الرئيس؟ هذا ما يحاول المرء توضيحه من خلال المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية(المبحث الأول)، ومسؤوليته السياسية(المبحث الثاني).

[1]-والدستور الجزائري الحالي1996 أقر مسؤولية الدولة عن أعمالها القضائية بموجب المادة 49 منه التي تنص على أن "يترتب على الخطأ القضائي تعويض الدولة"، فهي مرتبطة بالضرر الذي يوجب التعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمالها لأن مسؤولية رئيس الجمهورية تقوم عندما تنعدم الأسس القانونية لمسؤولية الدولة، فإذا كان شخصيا ويتعلق تحديدا برئيس الجمهورية يجوز تحريك مسؤوليته لكن الدستور لم يبين ذلك.

المبحث الأول:
المسؤولية الجنائية

لقد بدأ نظام مسؤولية رئيس الجمهورية في انجلترا بالمسؤولية الجنائية حيث، لا اتهام ولا محاكمة إلا عند ارتكابه جريمة من الجرائم الواردة في قانون العقوبات على أن يكون الاتهام عن طريق مجلس النواب والمحاكمة عن طريق مجلس اللوردات وهو ما سمي بنظام impeachment وعندما انتقل هذا النظام إلى أمريكا، وضعت نظرية جديدة في العقوبة، حيث لا يستطيع مجلس الشيوخ وهو يحاكم رئيس الجمهورية أن يوقع سوى عقوبة العزل وبعد ذلك يمكن احالته إلى المحاكم العادية والجنائية، ولم تكن فرنسا بعيدة عن نظام مسؤولية رئيس الجمهورية فلقد وجد بها نفس التنظيم الذي نشأ في انجلترا، أما الدستور الجزائري والذي تعرض بدوره على مسؤولية الرئيس فقد جعلها من اختصاص محكمة خاصة وليس أحد مجلسي البرلمان.[1]

وحتى نتعرف على مدى فاعلية المسؤولية الجنائية وآثارها يجب معرفة الأعمال التي يسأل عنها رئيس الجمهورية جنائيا في بعض الدساتير(المطلب الأول)، ثم اجراءات اتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية(المطلب الثاني).

المطلب الأول:
الأعمال التي يسأل عنها رئيس الجمهورية

صنفت الجرائم التي يمكن أن يرتكبها رئيس الجمهورية إلى ثلاثة مجموعات الأولى الجرائم التي يرتكبها خارج نطاق وظيفته وهي جرائم خارجية تتصل بمصلحة الدولة وكل ما من شأنه أن يمس استقلال وسلامة أراضيها، والثانية داخلية متعلقة بالعلاقة بين السلطات والحريات العامة، والثالثة جرائم مختلطة تمثل جرائم القانون العام التي ترتكب لخدمة هدف سياسي معين. [2]

---

[1] -عبد المجيد عزه مصطفى حسني: **مسؤولية رئيس الدولة(دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 181.

[2] - حيدر محمد حسن الأسدي: **عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى(دراسة مقارنة)**، مؤسسة دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 89.

ولمعرفة الفروق بين هذه الجرائم ومدى مسؤولية الرئيس عنها، سيتم تناول مفهوم جريمة الخيانة العظمى في الفقه والدساتير المقارنة(الفرع الأول)، ثم الوقوف على مفهوم هذه الجريمة في الدستور الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم جريمة الخيانة العظمى في الفقه والدساتير المقارنة

نظرا لخطورة جريمة الخيانة العظمى، سوف يتم تناولها لدى الفقهاء(أولا)، وفي الدساتير المقارنة(ثانيا).

أولا-مفهوم الخيانة العظمى عند الفقهاء: حاول الفقهاء تعريف جريمة الخيانة العظمى إلا أنهم تباينوا في الأسس والمبادئ، فذهب البعض إلى تعريفها عن طريق حصر وتعداد الأعمال التي إذا ارتكبها رئيس الجمهورية يعد مرتكبا لجريمة الخيانة العظمى لأنهم يرون أنه لا جدوى من وضع تعريف لجريمة الخيانة العظمى أو يصعب وضع تعريف جامع يمكن الاعتماد عليه في مسائلة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى لأن لفظها واسع وفضفاض وغير محدد، وقد تبنى هذا الاتجاه الفقيه Pascal Duprat فقد رأى أن أي فعل من الافعال التالية يعد جريمة خيانة عظمى وهي: حل المجلس النيابي حلا غير قانوني أي يخالف الدستور أو وضع العقبات في طريقه على نحو يجعله معطلا من الناحية الفعلية، اعلان الرئيس الحرب دون الرجوع للبرلمان، التآمر والتعاون مع القوات الاجنبية ضد سيادة الدولة واستقلالها، خرق القواعد الدستورية، أو ارتكاب جرائم تمس أمن الدولة منصوص عليها في قانون العقوبات، أما الفقيه Jean Gicquel فحددها في مظهرين أساسيين وهما: الإهمال الجسيم من الرئيس في أداء واجباته المحددة في الدستور وحالة حدوث انتهاك صارخ للدستور.[1]

في حين يرى الأستاذ Jean Pierre Rougeaux أن جريمة الخيانة العظمى تتحقق في إحدى الحالتين: الإخلال الجسيم بالالتزامات الرئاسية لتحقيق أغراض شخصية أو حزبية، الخلاف العميق الذي لا يمكن علاجه بين الرئيس وسلطة عامة مثل التفكك بين الأغلبية

[1]- بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص22.

الرئاسية والبرلمانية، وبافتراض أن الشعب بعد حل الجمعية الوطنية أكد اختياره وأن الرئيس لم يستجب للنتائج الرئاسية لهذا الاختيار فهنا تطرح الخيانة لحل الازمة. [1]

ويرى جانب من الفقه العربي أمثال الأستاذ يحي الجمل بأن الخيانة العظمى تثبت في أمرين: الإهمال الخطير في أداء المهام الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية؛ أي المخالفة الجسيمة للواجبات الدستورية، أو خرق أو انتهاك الدستور على أن يترك تقدير ما إذا كان الفعل مكونا لهذه الجريمة من عدمه إلى الجهة المختصة باتهامه ومحاكمته، حالة تغير نظام الحكم من جمهوري إلى ملكي أو من ديمقراطي إلى أتوقراطي.[2]

في حين انتهج البعض الآخر نهجا مختلفا حيث أنكر صفة الجريمة على الخيانة ولم يقر بها أساسا لمحاكمة رئيس الجمهورية، وهذا ما ذهب إليه الفقيه Léon Duguit حيث أنكر على الخيانة العظمى صفة الجريمة واعتبرها فكرة غير محددة حيث يصعب على رئيس الجمهورية تجنب الأعمال التي تضعه موضع المسؤولية، كما لم يقر بها أساسا لمحاكمة رئيس الجمهورية لأن النصوص الدستورية الفرنسية التي نصت على هذه الجريمة[3] لا يمكن تطبيقها من الناحية العملية إذ لم تتعرض لتعريف وتحديد عناصر الخيانة العظمى التي يمكن أن تنسب لرئيس الجمهورية، ولم تبين أنواع العقوبات التي يمكن أن توقع عليه في هذه الحالة ولا التزام الجهة المكلفة بمتابعة اجراءات الملاحقة، مما يترتب عليه أن مجلس الشيوخ لن يكون في استطاعته أن يتخذ قرارا بإدانة رئيس الجمهورية كما لن يمكنه أيضا أن يقرر عزله.[4]

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى وضع تعريف جامع مانع لهذه الجريمة دون تحديد أعمالها، ومن بين هؤلاء الفقيه Duverger Maurice الذي عرفها بأنها اساءة رئيس

[1]-عبد المجيد عزه مصطفى حسني: المرجع السابق، ص 207.

[2]-عمر حلمي فهمي: **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص346.

[3]- أنظر المادة 68 من دستور 1958.

[4]- حازم صادق: المرجع السابق، ص252.

الجمهورية لوظيفته لتحقيق عمل ضد الدستور أو المصالح العليا لبلاده، كما عرفها الفقيه Jean Lafferierre بأنها كل خرق غير مشروع للقانون والدستور.[1]

في حين يرى الفقيه Georges vedel أن جريمة الخيانة العظمى هي كل إهمال خطير ينسب إلى رئيس الجمهورية اثناء أدائه لمهامه الدستورية، أما الفقيهFabre Michel Henry فيعرفها بأنها كل انتهاك خطير من طرف رئيس الجمهورية لالتزاماته الدستورية على أن يترك للقضاء حق تعريفها.[2]

أما الفقيه André Hauriou يرى أن الخيانة العظمى هي الجرائم السياسية التي تتعلق بالمؤسسات والمصالح العليا للدولة.[3]

كما أعاد الفقيه Georges Burdeau التأكيد على أنها مجموعة من التصرفات التي يرتكبها رئيس الجمهورية خلال أدائه للمهام العامة، وليس مقررا لها عقوبة في القانون الفرنسي.[4]

ومما تقدم، يتبين لنا عدم الاتفاق على تعريف محدد لجريمة الخيانة العظمى، ولكن الاتجاه الغالب يذهب إلى اعتبار الإخلال الجسيم من جانب رئيس الجمهورية بواجبات وظيفته، والخلاف العميق مع إحدى السلطات العامة وخرق أحكام الدستور، وتجاوز حدود صلاحياته الدستورية، واساءة التصرف بمصالح البلاد العليا، تشكل خيانة عظمى من جانب رئيس الجمهورية مع ترك تقدير جسامة الإخلال للمؤسسات الدستورية التي تتولى تقرير المسؤولية، ويبدو أن الفقيهين Duverger و vedel هما الأقرب إلى التعريفات الشاملة والتي تغطي الأمثلة التي أوردها الفقهاء السابق ذكرهم.

---

[1]-حيدر محمد حسن الاسدي: المرجع السابق، ص42.

[2]- بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المرجع السابق، ص228-229 .

[3]- علي يوسف الشكري: **التناسب بين سلطة رئيس الدولة ومسؤوليته في الدساتير العربية**، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص145.

[4]- حيدر محمد حسن الاسدي: المرجع السابق، ص47.

ثانيا-مفهوم الخيانة العظمى في الدساتير المقارنة: رغبة في مزيد من التوضيح للخيانة العظمى، يمكن الإشارة إلى مفهومها في بعض الدساتير الأجنبية ومنها:

1-في الدستور الأمريكي: ورد النص على جريمة الخيانة العظمى أول مرة في أولى الدساتير المدونة في العالم، فقد نصت المادة الثانية في فقرتها الرابعة من الدستور الأمريكي على أن "يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين المدنيين من مناصبهم إذا وجه لهم اتهام نيابي بالخيانة، أو الرشوة، أو أية جرائم أو جنح خطيرة أخرى، وادينوا بمثل هذه التهم"، وجدير بالذكر أن المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية لا تخضع لقواعد القانون الجنائي العادي، ذلك أن الحصانة القانونية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية تحول دون القبض عليه أو اتهامه أو محاكمته مثل الأفراد العاديين، وبالتالي فإنه يخضع لنفس القواعد التي تسري على جميع الموظفين الذين يشغلون وظائف عامة مدنية في الحكومة الفدرالية وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه.

وحدد الدستور الأمريكي مفهوم جريمة الخيانة العظمى بالأفعال الماسة بأمن الدولة الخارجي، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة على أنها "لا تقتصر جريمة الخيانة العظمى ضد الولايات المتحدة إلا على شن الحرب ضدها أو الموالاة لأعدائها، بتقديم المعونة والمساعدة لهم".

ونظرا لخطورة هذه الجريمة تولى المؤسس الدستوري في ذات الفقرة السابقة تحديد طرق اثباتها، حيث نصت على أن "ولا يدان أحد بالخيانة إلا بناء على شهادة شاهدين بوقوع الفعل نفسه، أو بناء على اعترافه في محكمة علنية".[1]

وبذلك يكون الدستور الأمريكي حصر في الفقرة الرابعة من المادة الثانية أسباب اتهام رئيس الجمهورية في حالة الخيانة والرشوة وغيرها من الجنايات والجنح الخطيرة، وقد اهتمت التشريعات الجنائية الأمريكية بتعريف الرشوة وبيان مدلولها، لكن اختلف الفقه بشأن تحديد مدلول الجنايات والجنح الخطيرة لعدم وضوحها، فذهب الرأي الأول إلى أن المقصود بذلك هي كافة الأخطاء حتى السياسية وهذا الرأي يؤدي إلى ايجاد مسؤولية سياسية للوزراء أمام

[1]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص529.

البرلمان بشأن كافة الأفعال التي ترتب مسؤوليتهم الجنائية، ويذهب الرأي الثاني والذي أيده جمهور الفقهاء إلى أن المقصود بالجنايات والجنح الخطيرة هي تلك المنصوص عليها في قانون العقوبات.[1]

2-في الدستور الفرنسي: يختلف النهج الذي تبناه الدستور الأمريكي عن ذلك الذي تبناه الدستور الفرنسي عند تنظيمه لجريمة الخيانة العظمى، حيث نصت المادة 67 من التعديل الدستوري لسنة 2007 على أنه "لا يكون رئيس الجمهورية مسؤولا عن الأعمال التي قام بها بهذه الصفة"، إن هذا النص الجديد يكرر مبدأ عدم مسؤولية رئيس الجمهورية بسبب صفته وينظم أيضا نظام حصانة مؤقتة لرئيس الجمهورية.[2]

إلا أن هذه المادة حددت استثناءين يستهدف كل منهما وضعا مختلفا الأول في المادة 2/53 من الدستور والتي تسمح بالاعتراف بالاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية ضمن الشروط المنصوص عليها في المعاهدة الموقعة عام 1998 ويستبعد النظام الأساسي لهذه المحكمة صراحة كل امتياز عدم مسؤولية رؤساء الدول، أما الاستثناء الثاني في المادة 68 المعدلة والتي نصت على أنه "لا يعزل رئيس الجمهورية إلا في حالة التخلي عن واجباته التي تتنافى بوضوح مع ممارسة عهدته، يعلن العزل من طرف البرلمان الذي يؤسس في شكل محكمة عليا.

إن اقتراح اجتماع المحكمة العليا المصادق عليه من طرف إحدى مجالس البرلمان يرسل حالا إلى المجلس الآخر للإدلاء برأيه في أجل خمسة عشر يوما، يرأس المحكمة العليا رئيس الجمعية الوطنية، وتتخذ قرارها فيما يخص العزل في أجل شهر، وبالاقتراع السري، وينفذ قرارها فوريا، تتخذ بأغلبية ثلثي الأعضاء المكونين للمجلس المعني أو المحكمة العليا القرارات المتخذة طبقا لهذه المادة، يمنع كل تفويض للتصويت، ويتم تعداد فقط الأصوات الموافقة لاقتراح اجتماع المحكمة العليا أو العزل".

(1)- حازم صادق: المرجع السابق، ص446.

(2)-باتريك أوفير: "**إصلاح مسؤولية رئيس الجمهورية**"، ترجمة محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، الجزائرية للكتاب، الجزائر، العدد الثاني، 2007، ص410.

يستخلص من هاتين المادتين 67 و68 من التعديل الدستوري أنهما قد وضعا تنظيما جديدا لمسؤولية رئيس الجمهورية يتمثل في الإخلال بواجباته الوظيفية إخلالا يظهر التناقض مع ممارسته لنيابته، وبالتالي يمكن ملاحقة رئيس الجمهورية قضائيا عن أي عمل يقوم به ويمثل إخلال بواجبات وظيفته المنصوص عليها دستوريا، أما خارج هذه الحالة فلا يمكن استدعاء رئيس الجمهورية أمام أية جهة قضائية أو إدارية، غير أن النص الدستوري لم يحدد طبيعة جريمة إخلال رئيس الجمهورية بواجباته الوظيفية، كما أن أغلبية الثلثين أغلبية مشددة، وبذلك يكون المؤسس الفرنسي قد تجنب تحديد مفهوم جريمة الخيانة العظمى التي كانت غامضة وتحمل أكثر من معنى.

3-في الدساتير العربية: سارت أغلبية الدساتير العربية على نفس نهج الدستور الفرنسي ولم تحدد مفهوم جريمة الخيانة العظمى، واكتفت بتحديد الحالات التي توجب الاتهام والمحاكمة دون أن تحدد معناها، منها الدستور العراقي لعام 2005 حسب المادة 6/61 حيث جاء فيها "مساءلة رئيس الجمهورية بناء على طلب مسبب بالأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب في الحالات التالية: الحنث في اليمين الدستورية، انتهاك الدستور، الخيانة العظمى"، لكن المؤسس العراقي خالف الدستور الفرنسي حيث اشترط هذا الأخير في المادة 68 منه المعدلة قيام الصلة بين الأفعال المرتكبة والتي تشكل خيانة عظمى وبين ممارسة رئيس الجمهورية لمهامه الداخلة في نطاق وظائفه الرئاسية.[1]

وإذا كانت جريمة الخيانة العظمى أساس المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية، فإن بعض الدساتير كدستور اليمن لسنة 1994 أضافت جريمة خرق الدستور أو أي عمل يمس استقلال وسيادة البلاد، وبينت أيضا طريقة صدور قرار الاتهام والجهة المختصة بالاتهام ووضحت في حالة الحكم بإدانة رئيس الجمهورية بأنه يعفى من منصبه بحكم الدستور، وأن تلك الجرائم لا تسقط بالتقادم، ولكنه لم يتضمن تعريفها ولم يوضح طبيعة هذه الجرائم، مما أدى إلى تدخل المشرع القانوني.[2]

---

[1]- حيدر محمد حسن الاسدي: المرجع السابق، ص61.

[2]-جميل عبد الله القائفي: **سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية(دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص80.

وفيما يلي نظرة على بعض الحالات المذكورة في الدستورين اليمني والعراقي من باب الاستئناس: **أ/انتهاك الدستور**: مخالفة رئيس الدولة نص الدستور قد تكون على صعيد الاختصاص أو الاجراءات التي يحددها الدستور لممارسة الرئيس اختصاصاته، فعدم التزام رئيس الجمهورية لحدود اختصاصاته أو تجاوزها على صلاحيات السلطات الأخرى يعد انتهاكا للدستور فهو أمر يتفق والتزامه الدستوري بكفالة احترام الدستور، لكن الملفت للنظر أن هذا الالتزام ألقي على عاتق رئيس الجمهورية في العديد من الدساتير العربية دون ترتيب المسؤولية على مخالفته.

والملاحظ أن الدستورين اليمني والعراقي لم يبينا مضمون انتهاك الدستور أو الحالات التي يتحقق بها الانتهاك، كما أن احتمالات انتهاك رئيس الجمهورية للنصوص الدستورية تتزايد في الدول حديثة النشأة أو التي لا تنص دساتيرها على مؤسسات رقابية (مجلس دستوري– محكمة دستورية)، أما البلدان الديمقراطية فنادرا ما يحدث فيها مثل هذا الأمر.

ب/تعليق الدستور: أي وقف العمل ببعض نصوصه، فقد يشكل الدستور عقبة قانونية سياسية أمام رئيس الجمهورية لتحقيق أغراضه الشخصية متذرعا بحجج مختلفة منها الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة كالحرب والعصيان المسلح، فهنا يتعرض للمسائلة كون هذا الفعل لا يسعى لتحقيق المصلحة العامة بل يستند لمصلحة خاصة لرئيس الجمهورية.

والدساتير العربية انقسمت في هذه المسألة إلى ثلاث اتجاهات: الأول يخول الرئيس صراحة صلاحية تعليق الدستور في ظل الظروف الاستثنائية منها الدستور الجزائري[(1)]، والثاني لا يخول رئيس الجمهورية صراحة صلاحية التعليق منها الدستور المصري لسنة 2014، [(2)] والاتجاه الثالث يمنع رئيس الجمهورية ضمنا من تعليق العمل بالدستور حيث يخول رئيس الوزراء دون رئيس الدولة الصلاحيات الاستثنائية في حالة الحرب ومنها الدستور العراقي لسنة 2005.

[(1)]- تنص المادة 1/96 من الدستور" يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات".

[(2)]- أنظر الدستور المصري لسنة 2014 على موقع: .https: //www.google.com/constituteproject.org، بتاريخ 2015-11-03، على الساعة 52: 15.

ج/تعديل الدستور: ويقصد بذلك التعديل الذي يخالف القواعد التنظيمية التي ينص عليها الدستور عادة مثل تفرد رئيس الجمهورية بمبادرة طلب التعديل بالرغم من أن الدستور يشرك سلطة أخرى معه في هذه الصلاحية، أو انتهاك الحظر الزمني أو الموضوعي، فهنا الرئيس يسأل عن جريمة انتهاك الدستور، وفي بعض الدساتير رئيس الجمهورية يسأل عن جريمة الحنث في اليمين وأيضا عن جريمة عدم الكفاءة أو النزاهة في أداء المهام المناطة به دستوريا مثل دستور العراق لسنة 2005.[1]

الفرع الثاني: مفهوم الخيانة العظمى في الدستور الجزائري

نجد المؤسس الدستوري الجزائري في دستور 1963 ومن خلال المادتين 47 و55 قد حصر مسؤولية رئيس الجمهورية في المسؤولية السياسية دون غيرها والتي على ضوئها يقوم الرئيس بتقديم استقالته، أما في دستوري 1976 و1989 فقد تراجع بالنسبة لتقرير مسؤولية رئيس الجمهورية، حيث جاء خاليا من أي نص يثير مسؤولية رئيس الجمهورية وكيفية مساءلته والجهة التي تتولى ذلك.

فهذا المبدأ الدستوري حديث العهد بموجب المادة 158 من دستور 1996 التي تنص على ما يلي "تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، ورئيس الحكومة عن الجنايات والجنح التي يرتكبانها بمناسبة تأديتهما مهامهما"، فالدستور لم يعقد للبرلمان وبالخصوص الغرفة الأولى هذا الاختصاص الذي يتحدد في إمكانية محاكمة رئيس الجمهورية قانونيا، ومن ذلك مكن المؤسس الدستوري المحكمة العليا للدولة وأبعد الهيئة التشريعية من هذه السلطة لكي لا يكون له دخل في ذلك، ولو حتى من حيث تحريك الاتهام الرئاسي كما هي عليه الحال في بعض الأنظمة، وعليه تتجلى العلاقة العضوية من حيث العزل بين المحكمة العليا للدولة ورئيس الجمهورية ويحصل ذلك في حالة إدانة رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى.

إن المتأمل في هذا النص يدرك بان رئيس الجمهورية يجوز أن يسأل على مسألة محددة بالذات وهي الخيانة العظمى، ولكي لا يقع المؤسس الدستوري في التباس تفادى عدم

---

(1)- علي يوسف الشكري: المرجع السابق، ص153-170.

تفسير عبارة الخيانة العظمى، ويرجع ذلك التجاهل إلى ما هناك من تشابك بين الجانبين السياسي والقانوني، ومنه الدستور لم يتضمن تعريفا لهذه الجريمة التي لها طبيعة مزدوجة، لكن حتى لا تبقى ذات مضمون شكلي يجب عليه أن يوفر مجموعة من الآليات التي تتأتي من ورائها ترتيب مسؤولية رئيس الجمهورية، وترتيبا على ذلك، فإن جريمة الخيانة العظمى ليس لها أي معنى عملي ملموس والسبب في ذلك أنه لم يحدد نطاق الجريمة، ولكن يبدو أنها تنحصر فيما يرتكبه رئيس الجمهورية من تقصير خطير ويكون ذلك عن عمد أي الإضرار بالدولة بما للفعل من مفهوم واسع. [1]

ويمكن القول بأن المادة 158 من الدستور أسست لمسؤولية رئيس الجمهورية وفقا لفكرة الخطأ الجنائي، إلا أنها لم تبين تشكيلة المحكمة أو اجراءات المحاكمة وأحالت الأمر لقانون عضوي يحدد تشكيلتها وتنظيمها وبغياب هذا القانون يبقى الأمر غامضا، لأن مساءلة رئيس الجمهورية بموجب هذه المادة فقط غير كافية لأنها تعتمد في تعريفها للجنايات والجنح على تشريع قانون العقوبات الذي يخاطب كل الأفراد مهما كانت صفتهم، في حين أنه في القانون الدستوري قد ترتكب جرائم لا توصف كذلك بالنسبة للشخص العادي نظرا للمكانة التي يحظى بها رئيس الجمهورية، ففي حالة تعليق الدستور هل يمكن إثارة مسؤوليته؟

المؤسس الجزائري نص على أن هذه الجريمة تتعلق برئيس الجمهورية دون غيره، ولم يخضع الوزير الأول لمثل هذا الإجراء واكتفى بمحاكمته على الجنايات والجنح الأخرى، فهذه الجريمة مرتبطة فقط باختصاصاته الدستورية التي يتمتع بها، لكنه لم يعرف جريمة الخيانة العظمى واعطى لها مفهوما واسعا "**كل الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى**"، فالمفروض وضع تعريف محدد للجريمة لكن الإشكال يطرح في التمييز بين الانتهاكات التي تعتبر خيانة عظمى والأعمال التي تعتبر مخالفة عادية. [2]

---

[1]- بوقفة عبد الله: **أليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري(دراسة مقارنة)**، دار هومة، الجزائر، 2002، ص261- 262 .

[2]- لوشن دلال: **الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012، ص 359.

المادة 158 من الدستور أكدت على العلاقة بين تأدية المهام والجناية والجنحة، لأن تحريك الدعوى يستدعي الربط بين تجريم الفعل في قانون العقوبات وأن تكون له علاقة مباشرة بمهام رئيس الجمهورية الدستورية، لكن المشكلة تثور هنا بمعيار التمييز بين الأعمال التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه والأعمال الأخرى والذي يبقى غامضا خاصة أنه قد يستغل وظيفته لخدمة مصالحه الشخصية، كما أن مهامه غير محددة فالمادة 72 من الدستور جاءت عامة، لذلك حاول الفقه الفرنسي وضع أسس للتمييز بين هذه الأعمال إذ يرى أن هناك طائفتان من أعمال الرئيس أعمال لا علاقة لها بوظائفه الرئاسية سواء قام بها قبل مهمته الرئاسية، أو أنها تكون في موضوعها خارج طائفة الأعمال الحكومية، استقر الفقه على أنها من اختصاص القضاء العادي إلا أنها لا تثار حتى نهاية عهدته[1] ،عكس الدستور الفرنسي في المادة 68 الذي نص على محاكمة الرئيس بمهامه الرئاسية، وعليه تتحقق هذه الجريمة بمناسبة تأدية مهامه.

لذلك ما دامت المادة 158 من الدستور غامضة نعود لقانون العقوبات[2]، الذي ذكر في المواد 61- 62 و63 قائمة بالأفعال التي وصفها بأنها تشكل جريمة الخيانة، ومن الواضح من هذه المواد أنها تتعلق بكل جزائري مهما كانت صفته بما فيهم رئيس الجمهورية، ولولا وجود المادة 158 من الدستور التي تقضي بإخضاع رئيس الجمهورية لمحاكمة مختلفة وبواسطة جهة خاصة، لكن لا يمكن اعتبار تلك الاعمال خيانة عظمى المنصوص عليها في المواد السابقة حصرية لرئيس الجمهورية، كما أن المؤسس الدستوري تكلم صراحة عن اختصاص هذه المحكمة بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الجنايات والجنح التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه، بالتالي تكون المواد السابقة الذكر أساسا للحالة الثانية وليس معيار لتعريف الخيانة العظمى، لهذا تملك المحكمة العليا للدولة السلطة التقديرية لأن تعتبر أحد الافعال الواردة في المواد السابقة خيانة عظمى أو جناية إلا أنها في جميع الاحوال تنطبق على المادة 158 من الدستور أيضا، لذلك لا يمكن حصر الأعمال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى بل بإعطاء تعريف شامل يتسع لكل ما قد يعتبر جريمة خيانة، فهذه المادة

[1]- المرجع نفسه، ص 372.

[2]- الجريدة الرسمية رقم 84، تتضمن قانون العقوبات رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

لم توضح مفهوم الخيانة العظمى ولم تحدد لها عقوبة لا في الدستور ولا في القانون، لذلك تبقى تطبيقات هذه المادة معلقة على القانون العضوي، فيكون التكييف بدرجة الضرر الذي يتسبب فيه الفعل ولا يمكن حصره في قائمة، فقد تكون عند مخالفة المادة 178 من الدستور أو مخالفة اليمين الدستورية المنصوص عليها في المادة 76 من الدستور لأن المادة الثانية من الدستور تعتبر الإسلام دين الدولة، بهذا تكون خيانة كل الأعمال التي تخالف ما ورد في اليمين الدستورية...الخ[1]، لذلك قد يتسع مفهوم الخيانة العظمى ليشمل كل ضرر بالنظام العام أو المصلحة العامة أو خدمة الدول الاجنبية، نظرا للاختصاصات الواسعة التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في الدستور الجزائري.

مما تقدم، يبدو أن الاتجاه العام للدستور الجزائري يدل على أن رئيس الجمهورية مسؤول على ما يصدر عنه من تصرفات أثناء أداء مهامه في حالة الخيانة العظمى وارتكاب الجنايات والجنح، ومع ذلك المؤسس الدستوري لم يحدد نطاق المسؤولية الجنائية أو الأفعال التي يرتب أي منها حالة انتهاك الدستور وبالتالي الدستور ينص على المسؤولية الجنائية فقط دون أن يبرز ما لها من أفعال مما يجعل الأستاذ بوقفة عبدالله يرى أن المؤسس الدستوري أراد أن يكون لها مضمون صوري ومجازي وبالتالي التنصيص على هذا النحو يعدم المسؤولية الجنائية من الأساس وتصبح في شكل مبدأ قانوني أجوف. [2]

لكن يثار التساؤل عن كيفية تحريك المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية؟ والسلطة المختصة باتهامه ومحاكمته والعقوبة التي يمكن توقيعها عليه؟ هذا ما سنتناوله في المطلب الموالي:

المطلب الثاني:
اجراءات اتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية

أفردت بعض الدساتير اجراءات خاصة في اتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية، ليس خروجا على مبدأ المساواة ولكن مراعاة للمركز الدستوري للرئيس، لكن إذا كان رئيس

[1]- لوشن دلال: المرجع السابق، ص 367.

[2]-بوقفة عبدالله: المرجع السابق، ص265.

الجمهورية يتحمل المسؤولية الجنائية عن أعماله، فإن الأصل هو أن يقوم القضاء بمحاكمته عند ثبوت مسؤوليته وذلك من مرحلة الاتهام وحتى اصدار الحكم وتبدو أهمية قيام القضاء بتولي محاكمة رئيس الجمهورية بكونه الجهة التي قد تثبت إدانة الرئيس بالتهم الموجهة إليه وما يترتب على ذلك من اصدار الحكم عليه بعزله من منصبه أو تبرئته، وعليه سنتناول في الفرع الأول الجهة المختصة باتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية، ثم تحديد العقوبة المترتبة على الإدانة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الجهة المختصة باتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية

ذهبت بعض الدساتير كالدستور الأمريكي إلى منح صلاحية اتهام ومحاكمة رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية، في حين منحت أخرى كالدستور الفرنسي مهمة محاكمة رئيس الجمهورية إلى محكمة العدل العليا المتهم من قبل مجلسي البرلمان، ونفس اتجاه الدستور الجزائري فقد خصص هذه الصلاحية بالمحكمة العليا للدولة نظرا لما لرئيس الجمهورية من شخصية حيث يجسد وحدة الدولة داخليا وخارجيا حسب المادة 158، وفي ظل غياب القانون العضوي المتعلق بقواعد عمل المحكمة العليا للدولة الذي يبين كيفية واجراءات محاكمة رئيس الجمهورية، سنتناول دراسة بعض الدساتير المقارنة كالدستور الأمريكي والفرنسي من باب الاستئناس:

أولا-في الدستور الأمريكي: تسند المادة 2/1 من الدستور الأمريكي إلى مجلس النواب وحده سلطة توجيه الاتهام لرئيس الجمهورية بأسلوب الاتهام البرلماني impeachment وهو اجراء متخذ لمحاكمة الرئيس، حيث يكون من حق أي عضو من اعضاء الكونغرس أو إحدى لجان التحقيق المتفرعة عن الكونغرس اقتراح توجيه الاتهام للرئيس بناء على وقائع صدرت منه تمثل جرائم جنائية حسب الدستور، ثم يقوم الكونغرس بتشكيل لجنة من أعضائه يطلق عليها اللجنة القضائية بالكونغرس لتتولى مهمة التحقيق في الاتهامات المنسوبة إلى الرئيس وتقدم تقرير بما توصلت إليه من نتائج إلى مجلس النواب لمناقشته والتصويت عليه بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين، فإن حاز على النصاب المطلوب يصدر مجلس النواب قرار الاتهام موضحا فيه أسبابه الجنائية، ثم يقوم المجلس بانتخاب مجموعة من أعضائه أيضا يقومون بتقديم القرار إلى مجلس الشيوخ وتولي مهمة الاتهام أمام مجلس

الشيوخ والذي يتولى بعد ذلك محاكمة الرئيس، وإن لم يقر المجلس الاتهام يقف الأمر عند ذلك الحد ولا تكون هناك تهم موجهة لرئيس الجمهورية.[1]

والملاحظ أن اللجنة التي توصف بأنها قضائية وتتولى التحقيق في التهم هي في الحقيقة ليست ذات طابع فني بحت بمعنى أن اعضائها ليسوا رجال قضاء، بل يمكننا أن نطلق عليها أنها لجنة سياسية لأن تشكيلها يكون من أعضاء الكونغرس أنفسهم وبالتالي قد يكون للاعتبارات السياسية والحزبية أثر على أدائها لعملها، خاصة إذا كانت أغلبية مجلس النواب من حزب الرئيس[2]، وبذلك يتضح انعدام الدور القضائي في النظام القانوني الأمريكي لاتهام رئيس الجمهورية، وقد لا يتمتع بأي تأثير على الرئيس خلالها.

لقد فسر كبار الشراح الأمريكيون اناطة مجلس النواب وحده باتهام الرئيس بالقول بأنه لا يوجد أشخاص مؤهلين للتعبير عن الشكوى ضد الموظفين الحكوميين بما فيهم رئيس الجمهورية مثل ممثلي الشعب في المجلس، كما أن هذا المجلس قد يحقق أهدافا على نحو لا يمكن التوصل إليه بسهولة عن طريق القضاء وتدعيم اختصاص المجلس بمراقبة أعمال السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية[3] ،وقد استخدم المجلس سلطته في توجيه الاتهام ست مرات ضد الرؤساء جون تايلر سنة 1843 واندرو جونسون سنة 1868 والرئيس هوفر سنة 1933 وريتشارد نيكسون 1974 ورونالد ريجان 1987 والرئيس بيل جفرسون كلينتون 1998.[4]

ثم تبدأ اجراءات المحاكمة طبقا لنص الفقرة الثالثة من القسم السادس من المادة الأولى من الدستور، حيث تنص "لمجلس الشيوخ وحده سلطة اجراء المحاكمات البرلمانية وعندما ينعقد المجلس لهذا الغرض، فإنه يجب على جميع اعضائه أن يؤدوا اليمين أو يقوموا بإقرار رسمي، وفي حالة ما إذا كانت المحاكمة لرئيس الولايات المتحدة فإن رئيس المحكمة العليا

---

(1)- حازم صادق: المرجع السابق، 447.

(2)- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 543.

(3)- حيدر محمد حسن الاسدي: المرجع السابق، ص 127.

(4)- سعيد السيد علي: **حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية**، المرجع السابق، ص 329.

هو الذي يتولى رئاسة مجلس الشيوخ، ولا يصدر حكم على أي شخص دون موافقة ثلثي الاعضاء الحاضرين".

ويستفاد من هذا النص أنه إذا كان مجلس النواب يمثل الادعاء فإن مجلس الشيوخ بكامل أعضائه هو الذي يقوم بدور المحكمة ويتولى رئيس المحكمة العليا رئاسة كافة جلسات المحاكمة وليس رئيس مجلس الشيوخ وهو نائب رئيس الجمهورية وذلك لنزاهة المحاكمة، ذلك لأن نائب الرئيس قد تكون له مصلحة شخصية في إدانة رئيس الجمهورية ليحل محله، وبعد ذلك تبدأ المحاكمة ويكون لكل من الطرفين أن يقدم حججه وأدلته التي تؤيد اتجاهه ويتم التصويت على إدانة رئيس الجمهورية في كل تهمة بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس الشيوخ الحاضرين وهي أغلبية من الصعب الحصول عليها بسهولة وهذا حتى تتحقق للرئيس كافة ضمانات الدفاع، فإذا ما نقصت هذه الأغلبية ولو بصوت واحد حكم برفض الادانة وذلك نظرا لخطورة القرار الذي يترتب على هذه الإدانة، وهذا هو ما تحقق في محاكمة الرئيس كلينتون فهناك نسبة كبيرة من أعضاء مجلس الشيوخ مقتنعة بالإدانة ولكنها لم تصل إلى الثلثين ومن هنا بقي في منصبه.[1]

ثانيا –في الدستور الفرنسي: حدد الدستور الجهة المختصة بتوجيه الاتهام لرئيس الجمهورية بواسطة مجلسي البرلمان، حيث نصت المادة 68 على أن "...يعلن العزل من طرف البرلمان الذي يؤسس في شكل محكمة عليا.

إن اقتراح اجتماع المحكمة العليا المصادق عليه من طرف احدى مجالس البرلمان يرسل حالا إلى المجلس إلى المجلس الآخر للإدلاء برأيه في أجل خمسة عشر يوما يرأس المحكمة العليا رئيس الجمعية الوطنية وتتخذ قرارها فيما يخص العزل في أجل شهر، وبالاقتراع السري، وينفذ قرارها فورا.

تتخذ بأغلبية ثلثي الأعضاء المكونين للمجلس أو المحكمة العليا القرارات المتخذة". وبناء عليه، فإن سلطة اتهام أو محاكمة الرئيس بالخيانة العظمى موكول للجمعية الوطنية بأغلبية ثلثي اعضائها أو المحكمة العليا، ثم يحال القرار مباشرة إلى النائب العام أمام

[1]- حازم صادق: المرجع السابق، ص448.

محكمة النقض، ويقوم هذا الأخير بإحالة القرار إلى رئيس المحكمة العليا التي ستتولى المحاكمة وإلى رئيس لجنة التحقيق، وأحال هذا النص إلى القانون رقم 93- 1252 لسنة 23- 11- 1993 ليحدد تشكيل المحكمة العليا وقواعد عملها والإجراءات المتبعة أمامها.[1]

يرسل النائب العام بمحكمة النقض اقتراح الاتهام الذي وافق عليه المجلسان إلى رئيس لجنة التحقيق وتقوم هذه اللجنة بتحضير القضية وفقا للقانون والاجراءات الجنائية وتقرر مدى كفاية الادلة المعروضة والتحقق من صحة الوقائع المنسوبة لرئيس الجمهورية، وإذا تبين للجنة وقائع أخرى غير الواردة باقتراح الاتهام، وفي هذه الحالة تقوم اللجنة بإرسالها لمجلسي البرلمان لكي يصدر قرار اتهام جديد بها وللجنة القضائية بعد فحص ملف الدعوى أحالتها أو عدم احالتها الى المحكمة وبذلك ظل التنظيم القانوني لهذه اللجنة كما هو لم يتغير بعد تعديل الدستور ولا تملك اللجنة التعرض للتكييف القانوني للأعمال المنسوبة لرئيس الجمهورية لأن ذلك مقصورا على المحكمة القضائية وإذا ظهر للجنة التحقيق اثناء عملها وقائع جديدة تصلح اتهاما جديدا، تحيل اللجنة هذه الوقائع إلى مجلسي البرلمان لإصدار قرارا جديدا يتضمن اتهاما جديدا وبعد انتهاء اعداد القضية وإتمام التحقيق فيها، تقوم اللجنة بإحالة القضية إلى المحكمة العليا لتتولى وحدها تكييف الواقعة وتحديد ما إذا كانت تشكل خيانة عظمى أم لا واصدار الحكم بناء على ذلك.[2]

هذه اللجنة قضائية بحتة حيث تتكون هذه اللجنة من خمسة قضاة أصليين واثنين احتياطيين يتم تعيينهم كل عام من بين قضاة محكمة النقض عن طريق مكتب المحكمة ويرأس هذه اللجنة أحد أعضائها الخمسة، وهكذا نجد أن للقضاء دور فعال وذا أهمية بالغة على الرغم من اقتصار هذا الدور على مجرد التحقيق في صحة الوقائع والاتهامات المنسوبة لرئيس الجمهورية وهو الدور الذي تقوم به أصلا النيابة العامة لأن التحقيق وجمع البيانات من صميم اختصاصاتها وتتمتع هذه اللجنة بحق إحالة الدعوى إلى المحاكمة أو عدمه لأن

---

[1]-عبد المجيد عزه مصطفى حسني: المرجع السابق، ص260.

[2]-حازم صادق: المرجع السابق، ص255.

انتقال الدعوى من مرحلة الاتهام والتحقيق فيها الى مرحلة المحاكمة يتوقف على ما تراه هذه اللجنة.[1]

وجدير بالذكر أن تشكيل المحكمة العليا يكون عن طريق قيام كل مجلس من مجلسي البرلمان بانتخاب اثني عشر قاضيا اصليا وستة قضاة احتياطيين من بين أعضاء كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ فيصبح عدد قضاة المحكمة الأصليين أربعة وعشرين قاضيا اصليا واثني عشر احتياطيا ويرأس المحكمة العليا رئيس الجمعية الوطنية، وبالتالي يكون جميع الأعضاء وفقا للدستور الحالي سياسيون في حقيقة الأمر رغم قيامهم بحلف اليمين وإقرار الحق في ردهم وتظل هذه المحكمة سياسية رغم اتباع هيئتها لبعض قواعد الاجراءات العادية التي تحتوي على ضمانات لصالح الرئيس المتهم، كما أن الحكم الذي يصدر بعد المحاكمة لا يكون مسببا ولا يوجد بطبيعة الحال طريقة للطعن في هذا الحكم.[2]

إن المادة 68 الجديدة أرادت أن تجعل اجراء معاقبة الخيانة العظمى سياسي، فقد سحبت عبارة العدل واحتفظت بتعبير المحكمة العليا وهذا ذكاء لأنها تحافظ على الالتباس بين المسؤولية السياسية والمسؤولية الجزائية، فالمحكمة العليا ليس فيها شيء قضائي، فهي مؤلفة من نواب ويرأسها رئيس الجمعية الوطنية إن هذه المادة إذن تضع آلية ذات طابع سياسي، فالهدف من الاجراء لم يكن إدانة الرئيس وإنما إقالته ولهذا اختفى مفهوم الاتهام من المادة 68 الجديدة من الدستور.[3]

وإذا كانت الجريمة التي ارتكبها رئيس الجمهورية تدخل ضمن ممارسته الوظائف الرئاسية ومتصلة بأعمالها، فإن الاختصاص ينعقد مطلقا من حيث الأصل أمام المحكمة العليا وحدها وفقا لما جاء في المادة 68 من الدستور بعد تعديلها والتي تقضي "لا يجوز عزل الرئيس إلا في حالة الاخلال بواجباته بشكل يتناقض بوضوح مع ممارسة عهدته، ويصدر الحكم بالعزل من البرلمان الذي يؤسس في شكل محكمة عليا"، أما استثناء فقد أجاز الدستور في المادة 67 إحالة الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية بأنه اذا كان الفعل الذي

---

[1]-رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 543.

[2]-حازم صادق: المرجع السابق، ص 256.

[3]-باتريك أوفير: المرجع السابق، ص415.

يمكن لرئيس الجمهورية أن يكون قد ارتكبه أو اشترك فيه يمثل جريمة في نظر تلك المحكمة أما جرائم القانون العام والتي يرتكبها رئيس الجمهورية خارج اطار وظيفته فإنها تعلق إلى غاية نهاية مدة الولاية الرئاسية اذ لا يمكن تصور رئيس الجمهورية محالا للقضاء لجريمة معينة، وذهب الفقه إلى أن صياغة المادة 68 من الدستور "...ضمن ممارسة وظائفه...." يجب أن يكون لها تعريفا ماديا أي تحديد الأعمال التي وقعت اثناء مدة الولاية دون النظر إلى كونها أعمال منفذة داخلة في إطار ممارسة الوظائف الدستورية لرئيس الجمهورية أو أنها أعمال خاصة تماما ليس لها أي رابطة بوظائفه لأن الحدود ليست دائما واضحة بين الوظيفة وما هو خارج عنها، وبالتالي فإن ممارسة رئيس الجمهورية لكافة أعماله تفسر كمرادف لمدة الولاية وبالتالي يكون الاختصاص باتهام رئيس الجمهورية عن كل هذه الاعمال منعقدا لكلا المجلسين في حين أن المحكمة العليا هي المختصة بمحاكمته، ويجب التمييز بين الاعمال المتعلقة بمهام منصب رئيس الجمهورية وتلك التي لا علاقة لها بمهام المنصب والتي يرجع تاريخها إلى ما قبل أو اثناء أو بعد توليه المنصب لأن المحكمة العليا تكون مختصة في الحالة الأولى، أما الثانية فتعلق اثناء مدة الولاية لتخضع للقضاء العادي بعد انتهائها.[1]

الفرع الثاني: العقوبة التي تترتب على ثبوت المسؤولية

لم تتفق الدساتير على عقوبة واحدة، فمنها الذي رتب جزاء جنائيا وهو العزل مثل الدستور الفرنسي الذي قصر حالات العزل بحالة واحدة وهي الإخلال بواجباته الدستورية كما جاء في المادة 68 من الدستور، وأخرى اكتفت بالجزاء السياسي والذي يتمثل في الإعفاء والحرمان من تولي وظائف أخرى تقتضي النزاهة مثل الدستور العراقي، ومنها من فرض الجزاءين معا ومن بينها الدستور الأمريكي، والبعض أحال على قانون خاص يتولى تحديد الجزاءات المفروضة على رئيس الجمهورية ومن بينها الدستور الجزائري في المادة 158"يحدد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيرها".

[1]-حيدر محمد حسن الاسدي: المرجع السابق، ص 208.

لكن الاتجاه العام يجمع على أن العقوبة التي يمكن تقريرها ضد رئيس الجمهورية في حالة ثبوت الإدانة بالخيانة العظمى عليه هي عقوبة العزل من الوظيفة أي من منصب الرئاسة، والعزل هو جزاء يؤدي إلى انهاء ممارسة الوظيفة السياسية قبل حلول أجلها الطبيعي والناتج عن اختلاف الإرادة الوطنية مع إرادة الحكام، وعرفه الأستاذ عبد الغني عبد الله بسيوني بأنه العقوبة الرئيسية التي توقع على رئيس الجمهورية المتهم بارتكاب الخيانة العظمى أو الجريمة الجنائية عند ادانته مع ما قد تحكم به المحكمة العليا من عقوبات أخرى وفقا للجريمة المرتكبة.(1)

وعرفه الأستاذ يحي السيد الصباحي بأنه عقوبة تترتب على إدانة رئيس الجمهورية في المحاكمة البرلمانية إذا ما ارتكب احدى الجرائم المعينة المحددة في الدستور مع عدم الإخلال بخضوعه عن نفس الأفعال للقضاء العادي طبقا لأحكام القانون.(2)

وعقوبة العزل هي ذات طبيعة سياسية على أساس أن جوهر نظام الاتهام يتمثل في أنه اجراء جنائي صرف، غير أنه يتحرك بواسطة اتهام سياسي وهذه العقوبة قد لا توقع على الماثل أمام السلطة المختصة بالمحاكمة متى استبق الحكم واستقال من منصبه، ففي الولايات المتحدة تقف اجراءات محاكمة رئيس الجمهورية أمام مجلس الشيوخ متى قدم الرئيس استقالته قبل صدور الحكم عليه.(3)

وهكذا يكون العزل هو الجزاء السياسي الوحيد وإن كانت تترتب عليه عقوبة سياسية تكميلية في بعض الدساتير مثل الدستور الأمريكي وهي الحرمان من أي وظيفة شرفية أو منصب في الدولة يتطلب ثقته أو يترتب عليه ربح أو منفعة داخل الولايات المتحدة فحسب الفقرة الرابعة من المادة الثانية من الدستور الأمريكي "يجوز عزل الرئيس أو نائبه أو أي من الموظفين المدنيين من مناصبهم بعد تقديمهم لمحاكمة برلمانية، وثبوت ادانتهم بارتكاب جريمة الخيانة العظمى أو الرشوة أو غيرها من الجنايات والجرائم الكبرى"، لكن نص الفقرة الثالثة من القسم الأخير من المادة الأولى من الدستور على أنه "لا يمكن أن تتعدى الأحكام

(1)- بسيوني عبد الغني عبد الله: **النظم السياسية(أسس التنظيم السياسي)**، المرجع السابق، ص 810.

(2)-يحي السيد الصباحي: المرجع السابق، ص 314.

(3)- بسيوني عبد الرؤوف هاشم محمد: المرجع السابق، ص 116.

الصادرة في قضايا المحاكمات البرلمانية العزل والمنع من تولي أي منصب يتطلب الثقة أو ممارسة أي وظيفة شرفية أو بمكافأة في الولايات المتحدة؛ غير أن الجهة المدانة ستكون مسؤولة وعرضة للاتهام الجنائي ويمكن إقامة الدعوى ضدها ومحاكمتها ومعاقبتها طبقا للقانون"، ويتضح من النصين السابقين أن هناك عقوبة إجبارية في حالة الإدانة تتمثل في العزل من الوظيفة، أما العقوبة الأخرى المتمثلة في الحرمان من أي وظيفة شرفية تقوم على الثقة أو الربح فهي عقوبة سياسية تكميلية تخضع لتقدير مجلس الشيوخ فله أن يوقعها بصفة دائمة أو مؤقتة أو يعفى المدان منها.

والعقوبة الثانية ليست ملازمة للأولى فقد يحكم على رئيس الجمهورية بكلا العقوبتين أو احدهما حسب الأحوال[1]، والقرار الصادر بالعقوبة يعتبر نهائيا ولا يمكن الطعن فيه أمام أي جهة أو بأي طريقة ومثل هاتين العقوبتين لا تمنعان– نظرا لطبيعتهما التأديبية– من توقيع عقوبات من نوع آخر كالعقوبات الجنائية مثلا ولذلك فإن رئيس الجمهورية بعد الحكم عليه يمكن محاكمته جنائيا أمام المحاكم العادية إذا كانت جرائمه تقع تحت طائلة قانون العقوبات. [2]

---

[1]-أنظر المادتان الأولى والثانية من الدستور الأمريكي.

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص 184.

المبحث الثاني
المسؤولية السياسية

يقصد بالمسؤولية السياسية الرقابة والمحاسبة للشخص المكلف بسلطة سياسية على الإخلال بالتزاماته أيا كان مصدرها والتي من شأنها تعريض مصالح البلاد للخطر ويترتب عليه عزله على أن تكون الرقابة والمحاسبة من قبل صاحب السلطة(الشعب) أو من ينوب عنه.[1]

إن انعدام المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية على هذا النحو يحدث خللا خطيرا في التوازن بين سلطته ومسؤوليته، وعلى الرغم من تأييد أغلبية الفقه بضرورة تقرير مساءلة رئيس الجمهورية سياسيا، إلا أن الدساتير تختلف بشأن هذه المسألة، إذ تكتفي كثير منها بتقرير المسؤولية الجنائية وتعفيه من المسؤولية السياسية.

ولقد تم تبرير عدم خضوع رئيس الجمهورية للمسؤولية السياسية بأنه شخصية منتخبة ومختص بسلطات هامة ونظرا لسمو منصبه، وبالتالي له مركز يجب المحافظة عليه وكان البديل لذلك أن تتم مساءلة رئيس الوزراء، فهذه المسؤولية أصبحت موازية لعدم مسؤولية الملك في انجلترا، ولقد أجمع الفقه العربي على أن عدم تنظيم الدساتير العربية للمسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية هو الإقرار الصريح بعدم مسؤولية الرئيس سياسيا، وبما أن تقرير مثل هذه المسؤولية لا يكون إلا بنص، ومع خلو معظم الدساتير من أي نص يقرر صراحة المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، فهذا يؤدي إلى عدم جواز مساءلة رئيس الجمهورية، فلا يستطيع أعضاء المجالس النيابية توجيه أي أسئلة أو استجواب عما يقوم به رئيس الجمهورية من أعمال بل وليس بقدرتها حق سحب الثقة منه ما دام دستورها لم ينص صراحة على مسؤولية رئيس الجمهورية سياسيا، ونجد الدستور الجزائري قد جاء خاليا من أي نص يقرر المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، ورغم ذلك فهناك جانب من الفقه اعتبر

---

[1]- عبد المجيد عزه مصطفى حسني: المرجع السابق، ص 197.

عدم وجود المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية أمرا لا يمكن قبوله، ويجب أن تكون مسؤوليته كبيرة وأمام الشعب وذلك بعد انتهاء فترة رئاسته.[1]

وعليه يمكن إثارة مسؤولية رئيس الجمهورية السياسية بطريقة غير مباشرة أمام هيئة الناخبين، مستندين إلى بعض التطبيقات العملية لنصوص الدستور ومنها:

-حالة إعادة الترشيح لمدة تالية ولا يوافق عليه الشعب فهذا سحب ثقة.

-حالة إذا ما حدث خلاف بين البرلمان ورئيس الجمهورية ورفض الشعب حل البرلمان في الاستفتاء.

-حالة الخلاف بين الشعب والحكومة وعرض الأمر على الشعب في الاستفتاء فيرفض حل المجلس المنتخب.

-حالة عرض مسألة هامة على الشعب في الاستفتاء ورفض الشعب لهذا الأمر ويعتبر بصورة غير مباشرة سحب الثقة من رئيس الجمهورية.

وعليه، سنتناول هذه الحالات في بعض الدساتير ومنها الدستور الأمريكي والفرنسي والجزائري في ثلاثة مطالب على التوالي:

المطلب الأول:
المسؤولية السياسية للرئيس الفرنسي

ورد في المادة 67 من التعديل الدستوري الفرنسي لعام 2007 أن "رئيس الجمهورية لا يمكن مساءلته عن الأعمال التي يرتكبها بهذه الصفة باستثناء المنصوص عليها في المادتين 2/53 و68"، وتقضي المادة 68 من الدستور بعد تعديلها "لا يكون رئيس الجمهورية مسؤولا عن الأعمال التي يقوم بها في مباشرة مهامه إلا في حالة الخيانة العظمى"، الملاحظ على هذين النصين أن المؤسس الدستوري أورد في الشطر الأول من المادة مبدأ وهو عدم مسؤولية رئيس الجمهورية مطلقا، مما يؤكد على عدم مسؤوليته السياسية والجنائية كأصل عام، ثم أورد استثناء على هذا الأصل وهو جريمة الخيانة العظمى فقط، فإذا ما ارتكب

[1]- جميل عبد الله القائفي: المرجع السابق، ص 82.

رئيس الجمهورية جريمة الخيانة العظمى تثور مسؤوليته الجنائية، مما يعني أن المسؤولية الوحيدة التي يتحملها رئيس الجمهورية هي المسؤولية الجنائية عن فعل واحد فقط هو فعل أو جريمة الخيانة العظمى، كما أن هناك ارتباط بين مبدأ عدم مسؤوليته وبين ممارسته لاختصاصاته الدستورية، حيث لا يتمتع رئيس الجمهورية بمبدأ الحصانة إلا عند مباشرته لمهامه وصلاحياته فقط، وبمفهوم المخالفة فإن أي تصرفات أو أعمال يقوم بها رئيس الجمهورية خارج الاختصاصات الدستورية الممنوحة له يتحمل مسؤوليتها، وبناء عليه، يتمتع رئيس الجمهورية من الناحية الدستورية والقانونية بقاعدة عدم المسؤولية السياسية أمام البرلمان فلا يستطيع أن يوجه له اسئلة أو استجوابات أو يسحب الثقة منه، وأصبح بالإمكان ملاحقة الرئيس قضائيا عن أي عمل يقوم به يمثل إخلالا بواجبات وظيفته المنصوص عليها في الدستور، "وعلى الرغم من ذلك فإن النص الدستوري لم يحدد طبيعة جريمة إخلال رئيس الدولة بواجباته الوظيفية، مما دفع البعض إلى القول بأنها جريمة سياسية".[1]

ولقد قرر الدستور الفرنسي عدم مسؤولية رئيس الجمهورية سياسيا عن أعماله لأنها تخضع للتوقيع المجاور، وبرر الفقه هذه الفكرة على أساس المصلحة العليا للدولة فرئيس الجمهورية هو الحكم المحايد بين السلطات العامة وهو لا يباشر السلطة بنفسه بل عن طريق وزارته فهو غير مسؤول عن أعمالها سياسيا وجنائيا ومدنيا على أساس النظام الملكي–الملك لا يخطأ– [2] ،فلا يوجد أي اجراء دستوري يمكن بمقتضاه تحريك المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية لإجباره على الاستقالة في الدستور فلا يستطيع البرلمان أو الشعب ارغام رئيس الجمهورية على تقديم استقالته بل إن لا الجمعية الوطنية ولا مجلس الشيوخ يمكنهما الاعتراض على أية انتقادات أو اتهامات قد توجه إلى شخص الرئيس.[3]

وعلى الرغم من نص الدستور الفرنسي على عدم مسؤولية رئيس الجمهورية باستثناء الخيانة العظمى، إلا أن البعض أمثال Christian Bidégaray و Claude Emeri يرى أنه ما

[1]- نقلا عن رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص532.

[2]-بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المرجع السابق، 30.

[3]-حازم صادق: المرجع السابق، ص252.

دام الرئيس منتخب ويمارس اختصاصات ومهام واسعة فانه يجب أن يسأل عن أعماله[1]، كما أن التطبيق العملي للدستور أوجد نوعا من المسؤولية السياسية كما يراها جانب من الفقه الدستوري وهي مسؤولية رئيس الجمهورية بصورة غير مباشرة أمام الشعب والتي لم ترد في الدستور ذاته وذلك عندما يمارس رئيس الجمهورية حقه في استفتاء الشعب ويطرح مسألة الثقة به مع الاستفتاء فتأتي النتيجة على غير ما يريدها الرئيس، فيدفعه ذلك للاستقالة كما حدث مع الرئيس شارل ديغول فاعتبر الاستفتاء كأنه نوع من العقاب أو حينما يرشح رئيس الجمهورية نفسه لإعادة انتخابه لمرة ثانية فإذا لم يفز بالرئاسة لفترة ثانية أعتبر ذلك رفضا له وادانة لأعماله من قبل الشعب خلال فترة حكمه أو عندما تكون الأغلبية البرلمانية ليست أغلبية حزب رئيس الجمهورية خاصة إذا كانت ناتجة عن قيام رئيس الجمهورية بحل البرلمان، مما يعد أوراقا بيد البرلمان يستطيع الضغط بها على رئيس الجمهورية وإجباره على الاستقالة لأنه لن يتمكن من التعايش معها.[2]

في حين يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أنه لا يجوز الربط بين المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية وبين نتائج الاستفتاء، من حيث أن هذه المسؤولية لم تقررها نصوص الدستور ولا يجوز إجبار رئيس الجمهورية على الاستقالة إذا رفض الشعب موضوع الاستفتاء، كما أن تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية أمام الشعب في الاستفتاء قد يؤدي إلى أن يتحاشى رئيس الجمهورية اللجوء إلى الاستفتاء، ولقد ذهب البعض الآخر إلى أن الربط بين مسؤولية رئيس الجمهورية ونتائج الاستفتاء أمر لا يمكن التسليم به لأن تقرير هذه المسؤولية يؤدي إلى جعل شخصه موضوع الاستفتاء المعروض على الشعب وهو ما يعرف بالاستفتاء الشخصي، ومن ثم فإن تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية أمام الشعب في الاستفتاء مع ترتيب النتائج المنطقية لذلك يؤدي إلى تحول نظام الاستفتاء الشعبي إلى استفتاء شخصي.[3]

---

(1)-Christian Bidégaray et Claude Emeri: **La responsabilité politique**, Dalloz, Paris, 1998, p 18.

(2)- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 524 و525.

(3) -حازم صادق: المرجع السابق، ص 860.

وأيا كان الأمر فإنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه بعض الفقهاء من اعتبار الاستفتاء شكلا أو وسيلة من وسائل تقرير المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، ففضلا عن أن الاستفتاء في دول العالم الثالث يعد ذا قيمة شكلية فقط، فإن الشعوب في هذه الدول لا تتمتع بما يكفي من النضج السياسي الذي يمكنها من الحكم الموضوعي على الأمور السياسية، كما أنه لا يمكن تأييد ما ذهب اليه البعض الآخر من اعتبار إعادة ترشيح رئيس الجمهورية لفترة تالية كوسيلة يمكن بمقتضاها أعمال قواعد المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، ذلك أن تجديد فترة انتخاب رئيس الجمهورية مدة أخرى لا يعني سوى مجرد طرح اسمه لفترة ولاية جديدة، كما أن إعادة انتخابه مرة أخرى لا يعني الثقة بأعماله، إذ قد ترجع رغبة رئيس الجمهورية للعمل السياسي إلى رغبة سياسية منه، وعليه يمكن القول بعدم امكانية مساءلة رئيس الجمهورية سياسيا لعدم وجود نص صريح في الدستور ينظم المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، وهذا يعد نقصا ينبغي تداركه، فرئيس الجمهورية ما هو إلا فرد من أفراد المجتمع لا يمتاز عليهم إلا بثقل المسؤولية، لذا فهو يخضع للمسائلة ويؤخذ بالعقاب السياسي أو الجنائي فلا يوجد مبرر لعدم تعرض الدستور للمسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية ولا سبب يبرر صمت الدستور عن تقرير تلك المسؤولية.

المطلب الثاني:

المسؤولية السياسية للرئيس الأمريكي

لم يتعرض الدستور الأمريكي لبيان المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية أمام البرلمان، ونص فقط على مسؤوليته الجنائية في المادة 4/2 ويبدو أن ذلك راجع إلى مبدأ الفصل الجامد بين السلطات هذا من جهة، وإدراكا منه للمساوئ التي يمكن أن تنجم عن المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية من جهة ثانية، وبذلك أصبح مبدأ عدم مسؤولية رئيس الجمهورية سياسيا قاعدة عامة في النظام الدستوري الأمريكي.[1]

وعلى الرغم من عدم النص على هذه المسؤولية في الدستور، إلا أن التطبيق العملي قد أوجد المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية أمام الامة، وقد ساعد على تأكيد مسؤولية

[1]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص523.

رئيس الجمهورية السياسية انتخابه من الأمة بما يعني أن الشعب يكون صاحب الكلمة العليا في اختيار رئيس الجمهورية، وأن الشعب بما له من وعي سياسي عال يمكن له مساءلة رئيس الجمهورية وقد لا يمنحه ثقته في انتخابه لفترة رئاسية ثانية، يضاف إلى ما سبق أيضا أن عدم تقدير المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية رغم منحه سلطات كبيرة وواسعة يمارسها بنفسه جعلت الشعب يقوم بدور فعال في محاسبة رئيس الجمهورية حينما يخطأ باعتبار أنه مصدر هذه السلطات ويقوم الشعب بهذا الدور عند ترشيح رئيس الجمهورية لنفسه لفترة ثانية؛ حيث يتمكن الشعب من عدم انتخاب رئيس الجمهورية نتيجة لمسؤوليته الناتجة من عدم ثقة الشعب فيه، ويشهد التاريخ الدستوري في أمريكا أنه تم إعمال هذا النوع من المسؤولية السياسية ولم يقم الشعب بانتخاب الكثير من الرؤساء لفترة رئاسية جديدة ومنها: تولي الرئيس جيمي كارتر الرئاسة عام 1977 لفترة رئاسة واحدة استمرت حتى عام 1980 ولم ينتخب لفترة ثانية، كما تولى الرئيس جورج بوش الرئاسة من عام 1989 واستمرت حتى عام 1992 لفترة رئاسة واحدة ولم يجدد الشعب له فترة رئاسة ثانية لكونه فقد ثقة الأمة وأشهرها في عام 1974 حيث أجبر مجلس النواب الرئيس نيكسون على الاستقالة وذلك بعد تحقق مسؤوليته عن واقعة وترجيت، فضلا عن اساءة استعماله السلطة لاستخدامه الأجهزة الحكومية واضطر لذلك الرئيس نيكسون إلى تقديم استقالته عن الحكم، هذه الحالة تدل بوضوح أن مسؤولية رئيس الجمهورية السياسية تقوم في حالة إخلاله بأعماله وسياسته الداخلية أو الخارجية أمام الأمة وتقوم مسؤوليته بشأنها على الرغم من عدم النص عليها.[1]

ولقد ذهب البعض إلى أنه رغم الفروق بين المسؤولية السياسية والمسؤولية الجنائية من حيث الاجراءات الخاصة بإثارة كل منهما فضلا عن اختلاف الجزاء المترتب على تقريرهما، إلا أنه يمكن القول أنه يصعب التمييز بينهما في الواقع لأن المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية ينشأ عنها في أغلب الأحوال مسؤولية سياسية، وبالتالي يمكن القول أن المسؤولية الجنائية للرئيس تكون ذات طبيعة سياسية رغم انها مسؤولية جنائية وتتحقق بسبب انتهاك الرئيس لمبدأ المشروعية خلال فترة معينة، أما المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية أمام الأمة وهذه المسؤولية تعد كبيرة وخطيرة، فكثير من الرؤساء يحاول تجنب أي فعل من شأنه

[1]- بسيوني عبد الرؤوف هاشم محمد: المرجع السابق، ص 95 وما بعدها.

أن يؤدي أن يؤدي إلى غضب الشعب أو إثارة الرأي العام وبالتالي هذه المسؤولية رغم عدم النص عليها تعد أكثر فاعلية خاصة وأنها قد تتناول أفعال لا تشكل الجرائم والجنح التي نصت عليها المادة 4/2 من الدستور الأمريكي، إلا أنها تعتبر في الوقت ذاته خروجا صارحا على واجبات رئيس الجمهورية أو تلحق ضررا بالغا بالدولة بأي وجه ويؤكد ذلك الأمثلة السابقة والتي طبق فيها هذا النوع من المسؤولية السياسية.[1]

كما أن الخطأ في القرار السياسي والذي يمكن أن يحدث من رئيس الجمهورية قد يفوق في أهميته الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، ومثال ذلك تورط الولايات المتحدة في حرب فيتنام بسبب قرار من الرئيس وقد وقف الكونغرس عاجزا، لا يستطيع التصرف في هذا الشأن بما كان يتعين في مثل هذه الحالة وغيرها من اعطاء الكونغرس سلطة تقرير مسؤولية الرئيس وبقية أعضاء السلطة التنفيذية حتى يمكن محاسبتهم عن كافة اخطائهم السياسية التي لا تندرج تحت طائلة الجرائم الجنائية المنصوص عليها في المادة الثانية المشار إليها، وبذلك يمكن تدارك القصور في الدستور الأمريكي بشأن تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية وأعضاء السلطة التنفيذية عن اخطائهم الجسيمة التي تقع منهم.[2]

المطلب الثالث:

المسؤولية السياسية للرئيس الجزائري

لم ينص الدستور الجزائري صراحة على المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، وبهذا يكون الدستور قد عبر عن مبدأ متأصل في النظام السياسي الجزائري وهو استبعاد رئيس الجمهورية عن نطاق المسؤولية السياسية، ومع ذلك قد توجد عوامل تؤدي إلى قيام مسؤولية رئيس الجمهورية سياسيا من خلال ممارسة رئيس الجمهورية تصرفات وأعمال يمكن أن تؤدي بالضرورة إلى تواجد المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية أمام الأمة أو أمام البرلمان هذا ما سنوضحه في الفروع التالية:

---

[1]- رجب محمد عبد الله العزب: المرجع السابق، ص 522.

[2]- حازم صادق: المرجع السابق، 444-450.

الفرع الأول: المسؤولية السياسية غير المباشرة أمام الشعب

إن السيادة ملك للشعب وهو صاحبها الأصلي وعلى هذا الأساس فالشعب مصدر كل سلطة حسب المادة السادسة من دستور 1996 فقد يلجأ رئيس الجمهورية إلى الاستفتاء الشعبي في أمر هام، أو تجديد العهدة الرئاسية.

أولا-عن طريق الالتجاء للشعب: والغرض الحقيقي من اعتماد هذه القاعدة الدستورية يتحدد في تأمين حرية التصرف لرئيس الجمهورية، وعلى هذا الأساس تتجلى الحكمة من ادراج المادة 10/77 من دستور 1996 التي تنص على "يمكنه أن يستشير الشعب في قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء"، حيث بمقتضى هذا النص انصب التصديق الشعبي على بعض المواضيع مثل قانون الوئام المدني لسنة 1999، لكن هذه المادة جاءت عامة لم تحصر المواضيع التي تفترض أن يرجع بخصوصها رئيس الجمهورية إلى الهيئة الناخبة، [1] وهذا خلافا للدستور الفرنسي 1958 أين حددت المادة 11 منه المعدلة في 2008 مواضيع مشروع الاستفتاء فيما يلي:-تنظيم السلطات العامة؛

-الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية للأمة، وبالخدمات العامة التي تساهم في ذلك؛

-التصديق على معاهدة والتي بالرغم من عدم تعارضها مع الدستور، قد تؤثر على سير عمل المؤسسات.

ومن هذا المنطق أخذ المؤسس الجزائري بالمبدأ دون تحديد نطاقه ومواضيعه.

ويمكن أن تظهر على شكل plebiscite [2] (الاستفتاء الشخصي) ونجاح هذا النظام يؤدي عمليا إلى تقوية مركز رئيس الجمهورية على الصعيدين الداخلي والخارجي، ومن ذلك انصب هذا النظر على شخص الرئيس عبد العزيز بوتفليقة بعد التصويت بالأغلبية على قانون الوئام، وبذلك الاستفتاء يمنح الشرعية لصاحبه ويفضي إلى تجديد الثقة لرئيس الجمهورية، هذا الإجراء يعتبر في الأصل تصرف دستوريا سليما حيث تترتب عليه ممارسة

---

[1]-بوقفة عبد الله: المرجع السابق، 273.

[2]- مصطلح plebiscite أطلقه الفقهاء الفرنسيون على الاستفتاء بالثقة أي التصويت الشعبي.

سلطة السيادة من قبل صاحبها الحقيقي ولكن الدستور لم يتعرض إلى ما يمكن أن ينتج عن الاستفتاء من اعتراض شعبي محتمل وما في ذلك من مسؤولية سياسية لرئيس الجمهورية، وبالتالي سكوت الدستور يعطي سلطة تقديرية للرئيس لكي يتنحى عن قيادة الدولة أو يبقى على إثر التصويت السلبي، وعليه كان الأجدر بالمؤسس الدستوري أن يذكر النتيجة التي تترتب على القبول أو الرفض من قبل الشعب ويبين أن هذا الاجراء له معنى واحد وهو رفض سياسته.[1]

فالاستفتاء يحمل في أهدافه الديمقراطية معنى سلبي لأنه يضع بيد رئيس الجمهورية سلاح قد يستغله لأهداف سياسية، إلا أنه سلاح ذو حدين لأنه يطرح مسالة الثقة أمام الشعب ويربط الرئيس مصيره بالنتيجة[2] ،لأن الاستفتاء اجراء يخضع تحريكه لإرادة رئيس الجمهورية ويكون وحده صاحب الاختصاص في وضع نص الاستفتاء، مما يعني أنه يجد مصدره في إرادته وإذا رفض الشعب النص فإنه بمثابة رفض مباشر لسياسة رئيس الجمهورية، لكن هل يمكن إثارة مسؤولية رئيس الجمهورية في حالة امتناع أغلبية الشعب عن التصويت على القانون المعروض عليه؟ يجوز ذلك لأنها تمثل تعبيرا شعبيا عن رفض النص وكيفية ممارسة السلطة فيكون بهذا رئيس الجمهورية مسؤولا أمام الشعب الذي منحه تلك الشرعية الكافية لأن يكون أسمى المؤسسات في الدولة أما الانتخابات الرئاسية والتشريعية فإن إثارة مسؤوليته مستبعدة نظرا للمكانة التي يحتلها وأولويته على البرلمان.[3]

---

[1]-بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص 275.

[2]-بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المرجع السابق، ص 283.

[3]-لوشن دلال: المرجع السابق، ص401-403.

ثانيا-عن طريق الانتخابات الرئاسية: الانتخابات الرئاسية مناسبة لإثارة المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية فيمكن أن يستقيل ويترشح لولاية ثانية قبل انقضاء العهدة الرئاسية بالاستقالة، حيث أنه ليس هناك ما يمنع الرئيس من القيام بذلك الإجراء دستوريا مثل ما قام به الرئيس اليمين زروال الذي عاد للهيئة الناخبة قبل أن تنقضي ولايته على رأس مجلس الدولة ومن ثم ترشح وأصبح رئيسا، وسبب الرجوع إلى هذه الفرضية يمكن أن يكون على غرار انتخابات تشريعية تولدت عنها أغلبية ليست في جانب حزب الرئيس، وقد يكون الرئيس فقد ثقة الأمة ولا يعود للسلطة ثانية وبهذا تكون الهيئة الناخبة قد أقامت عليه المسؤولية السياسية بناء على تصرف صدر منه.[1]

لكن انتهاء العهدة الرئاسية لا يعتبر ترشح رئيس الجمهورية للمرة الثانية مناسبة لإثارة مسؤوليته، لأنها لا تهدف إلى إصدار حكم على ممارسته السابقة بل هي وسيلة لتجديد عهدته كما أنه لا يتعرض لجزاء غير عدم الموافقة على تجديد عهدته.[2]

فتكون الانتخابات الرئاسية مناسبة لإثارة المسؤولية في الحالات التالية:

1-أن تكون العهدة الثانية لرئيس الجمهورية في الدساتير التي لا تسمح بتجديدها لأكثر من مرتين، أما اذا لم تحدد عدد المرات فتكون مع كل ترشح جديد بعد نهاية العهدة.

2-أن يعلن الرئيس صراحة أن عدم اختياره مرة أخرى هو بمثابة إثارة لمسؤوليته، أو لم يتمكن من تجسيد برنامجه فيطلب من الشعب عهدة جديدة ليستكمل البرنامج.

3-نظام المسؤولية يفترض قصر مدة النيابة حتى يؤتي آثاره فإذا كان نظام الحكم في الدولة ملكيا فلا يمكن في هذه الحالة إعمال هذا النوع من المسؤولية، كذلك إذا كانت مدة الولاية دائمة أو طويلة فلا يمكن تحقيق هذه المسؤولية، ولذلك ذهب أحد الفقهاء الفرنسيين وهو J.Petot إلى القول بأن طول مدة الولاية الرئاسية يكون له أثر ضار بالنسبة لتحريك المسؤولية أمام هيئة الناخبين.[3]

---

[1]-بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص 271.

[2]-بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المرجع السابق، ص 282.

[3]-حازم صادق: المرجع السابق، ص 867.

ثالثا–عن طريق حل البرلمان: يرى البعض أن حل البرلمان هو تكريس دستوري لمسؤولية رئيس الجمهورية أمام الشعب[1]، إذ تثار إذا فازت نفس التشكيلة السابقة وإذا أسفرت الانتخابات بعد الحل على مجلس معاد لرئيس الجمهورية فتظهر عدة احتمالات منها:

–أن يستقيل لأن فشل حزبه يعد بمثابة رفض من الشعب لسياسته.

–أن يحتفظ بمنصبه ويعين حكومة برلمانية من الأغلبية وهنا يكون في موضع الأقلية.[2]

هذه الحالات لا تتحقق في النظام السياسي الجزائري الذي لا يسمح بوجود الرئيس في وضع الأقلية، لكن متى يمكن تحريك مسؤولية رئيس الجمهورية في حالة الحل واختيار الشعب اتجاه معاد له؟ حل الغرفة الأولى لا يثير مسؤولية رئيس الجمهورية لأن الدستور خال من أي نص يلزمه بالاستقالة، كما تعتمد إثارتها على إرادة رئيس الجمهورية في حد ذاته والظروف السياسية كالأغلبية البرلمانية.

رغم عدم التنصيص على هذه المسؤولية السياسية دستوريا، ومع ذلك نلمس عمليا أن لرئيس الجمهورية مسؤولية سياسية عن طريق الحل الرئاسي للغرفة الأولى بموجب المادة 129 من الدستور ويلجأ إليه لوجود أزمة التي تنص على أنه "يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو اجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، والوزير الأول"، لا شك أن اجتماع الرؤساء الثلاثة له طابع شكلي أريد من خلاله حماية الاختصاص الرئاسي من توجيه الاتهام إليه، وكان الأجدر بالمؤسس الدستوري أن يرد إثر الموافقة على تحريك المسؤولية السياسية للغرفة الأولى للهيئة الناخبة عن طريق الاستفتاء ويسمى التصويت بالاستفتاء، على الحل فالدستور لم يخول للرؤساء المذكورين ممارسة الرقابة على سلطة رئيس الجمهورية، فهو وسيلة تمكن رئيس الجمهورية من الحل دون مشاركة هيئة أخرى في ذلك، ومن ثم نص

---

[1]- بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص179.

[2]- بسيوني عبد الغني عبد الله: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المرجع السابق، ص 283-284.

المادة 129 يهدف إلى إطلاق سلطة الحل الرئاسي فهو لا يرتكز على مبدأ الأغلبية في اتخاذ القرار.[1]

غالبا ما تعتمد مسؤولية رئيس الجمهورية بعد الحل أو بعد الاستفتاء على تصريحاته لأن الحل لا يعني تحديدا أن رئيس الجمهورية ضد البرلمان والأنظمة البرلمانية المتطورة كدستور فرنسا لم يعط رئيس الجمهورية اختصاصات حكومية تسمح له بمواجهة البرلمان بل أعطاه وسائل لتحقيق التوازن[2] ،لكن الحل في النظام الجزائري لا يحقق ذلك التوازن المؤسساتي.[3]

الفرع الثاني: المسؤولية السياسية غير المباشرة أمام البرلمان

لا يوجد نص قانوني يفترض إمكانية قيام المسؤولية السياسية على رئيس الجمهورية، فلا يحق للبرلمان توجيه أسئلة واستجوابات إلى رئيس الجمهورية، ولا يجوز له كذلك سحب الثقة من الرئيس واكتفى الدستور الجزائري بتقرير المسؤولية السياسية للحكومة أمام البرلمان دون رئيس الجمهورية وذلك بموجب المواد 80- 81- 82- 84 من الدستور.

لكن هل تؤدي إثارة مسؤولية الحكومة أمام البرلمان إلى إثارة مسؤولية رئيس الجمهورية؟ هذا ما سنتناوله من خلال مخطط العمل(أولا)، ومخطط الرقابة(ثانيا).

أولا- عن طريق مخطط العمل: تنص المادة 80 من التعديل الدستوري لسنة 2008 على "يقدم الوزير الأول مخطط عمله إلى المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه، ويجري المجلس الشعبي الوطني لهذا الغرض مناقشة عامة، ويمكن الوزير الأول أن يكيف مخطط العمل هذا على ضوء هذه المناقشة وبالتشاور مع رئيس الجمهورية، يقدم الوزير الأول عرضا حول مخطط عمله لمجلس الأمة مثلما وافق عليه المجلس الشعبي الوطني، يمكن لمجلس الأمة أن يصدر لائحة"، فهذا قد يعني أن رفض مخطط عمل الحكومة من قبل البرلمان، دليل على أنه لا يجسد برنامج الرئيس، وبالتالي تكون هذه الآلية موجهة لمصلحة الرئيس لا سببا لإثارة مسؤوليته.

[1]- بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص 297.

[2]- Zoller Elisabeth: Op. Cit , p 460.

[3]-لوشن دلال: المرجع السابق، ص 398.

ثانيا-عن طريق ملتمس الرقابة: اتجه المؤسس الجزائري إلى إبعاد المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية وتحميلها للحكومة، وعندما يثير البرلمان مسؤولية الحكومة عن طريق ملتمس الرقابة وكأنه يراقب مدى احترامها للبرنامج الرئاسي الذي وافق عليه الشعب وبذلك يكون مجرد مساعد لرئيس الجمهورية ولا يهدف بالتالي إلى إثارة مسؤوليته بشكل غير مباشر، أما عن فعالية هذا الإجراء، فإن المادتين 135[(1)] و136[(2)] من دستور 1996 يجعلان من المستحيل ممارسة هذه الرقابة، فالأساليب التي تسقط الحكومة قد تؤدي إلى الاصطدام بين المجلس الشعبي الوطني ورئيس الجمهورية وذلك ما تفاداه المؤسس الدستوري في النظام الدستوري الجزائري.[(3)] فرئيس الجمهورية يمكنه ببساطة إثارة مسؤولية النواب عن طريق الحل دون أن يملكوا أية وسيلة قانونية لمواجهته إلا في حالة الخيانة العظمى وهي احتمال ضئيل لأن رئيس الجمهورية هو الموجه السياسي للبرلمان في تكتلاته بين مساندة له ومعارضة لسياسته.

وبما أن الحكومة مسؤولة أمام المجلس الشعبي، فيفترض أن تكون صاحبة الاختصاص في حل المجلس الشعبي الوطني أو أن يكون الحل بناء على طلب من الوزير الأول، فلا تمس إثارة مسؤولية الحكومة عن طريق ملتمس الرقابة بمركز رئيس الجمهورية.[(4)]

إلا أن المرء يعتقد أن المسؤولية السياسية التي تقام على الحكومة بسحب الثقة منها من قبل البرلمان تنسحب إلى رئيس الجمهورية بطريق غير مباشر، وذلك نظرا لعدة اعتبارات أهمها:

[(1)]- تنص المادة 135 من الدستور على "يمكن المجلس الشعبي لدى مناقشته بيان السياسة العامة، أن يصوت على ملتمس رقابة ينصب على مسؤولية الحكومة.
ولا يقبل هذا الملتمس إلا إذا وقعه سبع عدد النواب على الأقل".

[(2)]-تنص المادة 136 من دستور 1996 "تتم الموافقة على ملتمس الرقابة بتصويت أغلبية ثلثي النواب.
ولا يتم التصويت إلا بعد ثلاثة أيام من تاريخ إيداع ملتمس الرقابة".

[(3)]-لوشن دلال: المرجع السابق، ص 412-413.

[(4)]- لمين شريط: المرجع السابق، ص 613.

– يتحمل رئيس الجمهورية تبعة اختيار الطاقم الحكومي، حيث الحكومة تستمد وجودها مباشرة من رئيس الجمهورية؛

–يسهر رئيس الجمهورية على رسم خطة عمل ويوجهها بصورة دورية من خلال رئاسة مجلس الوزراء، إذ المؤكد بأن السياسة العامة التي تلتزم الحكومة بتنفيذها يصممها مجلس الوزراء بموجب المادة 4/77 من الدستور؛

–رئيس الجمهورية متفوق على البرلمان من حيث طريقة الانتخاب التي تضفي على الرئيس صفة تمثيلية أكثر من البرلمان، وعليه منحت له سلطة التكلم باسم الأمة والتعبير عن الارادة العامة، وهي إحدى المظاهر التي تبنى عليها المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية بمجرد أقامتها على الحكومة أمام المجلس الشعبي، كما أن تعيين الوزير الأول يكون من قبل رئيس الجمهورية وبالتالي يتحمل مسؤولية اختياره، فهو الذي يتولى أمر عزله[1] ،فلماذا لم ينص على المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية المؤسس الدستوري فهي تبرز بصورة غير مباشرة أمام المجلس الشعبي وبناء على اعتبارات تدل على أن رئيس الجمهورية مسؤول سياسيا، وبالتالي صياغة المادة 2/79 من الدستور تتضمن حقيقة مفادها أن لرئيس الجمهورية دخل في إعداد السياسة الداخلية ومع ذلك عمل المؤسس الدستوري على عدم اظهار ما لرئيس الجمهورية من دور في ذلك، كما نصت المادة 4/77 من الدستور على أن لرئيس الجمهورية دور قيادي يتولى تحديد ما للحكومة من سياسة، وبالتالي لهما مسؤولية مشتركة فنظريا لا يوجد نص دستوري يفترض قيام مسؤولية سياسية على رئيس الجمهورية، ومع ذلك تظهر بطريقة غير مباشرة أمام الغرفة الأولى باعتبار أنه لا يجوز للغرفة الأولى أن تصوت بالرفض بعدم الثقة أو توافق على لائحة ملتمس الرقابة خارج الحدود المنصوص عليها في المادتين 81[2] و84[3] من دستور 1996. ولذلك يتحرك

[1]-بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص 285.

[2]- تنص المادة 81 من الدستور "يقدم الوزير الأول استقالة الحكومة لرئيس الجمهورية في حالة عدم موافقة المجلس الشعبي الوطني على مخطط عمله، يعين رئيس الجمهورية من جديد وزيرا أولا حسب الكيفيات نفسها".

[3]- تنص المادة 84 من الدستور "تقدم الحكومة سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة.

تعقب بيان السياسة العامة مناقشة عمل الحكومة.

يمكن أن تختتم هذه المناقشة بلائحة.

الاتهام الرئاسي بناء على ما ينصب من انتقاد على الحكومة ويعني ذلك بطريقة غير مباشرة اثارة المسؤولية الرئاسية من خلال طرح مسؤولية الحكومة على المحك وأيضا ما يوجه من نقد لرئيس الجمهورية مباشرة، وعليه يتوجب عدم دمج أو جمع مسؤولية رئيس الجمهورية فيما للحكومة من مسؤولية لكي لا تنصب على الحكومة دون رئيس الجمهورية فالوزير الأول هو المسؤول دستوريا على ما يقوم به رئيس الجمهورية من أعمال، أليس تكريس الدستور لحل الغرفة الأولى يتعلق بما لرئيس الجمهورية من مسؤولية. [1]

مما تقدم، نخلص إلى أن تقرير مبدأ مسؤولية رئيس الجمهورية في النظم الدستورية يعد ضمانة هامة لعدم اساءة استعمال السلطة وتحقيق الاستقرار في المجتمع، لكن الدستور الجزائري يعرف صعوبات في تنظيم المسؤولية القانونية لرئيس الجمهورية من خلال عدم تحديد معنى الخيانة العظمى أو الأفعال المكونة لها والتي تكون أساسا لتحريك المسؤولية القانونية، كون ذلك يعد ضمانة قانونية تحمي رئيس الجمهورية قبل كل شيء على حد تعبير أحد الفرنسيين Pierre Avril. [2]

كما أن المؤسس الدستوري فضل عدم إقامة المسؤولية السياسية على رئيس الجمهورية ما عدا الجنائية والمحددة بالخيانة العظمى، ولكن هذا لا يحقق توازنا بين السلطة والمسؤولية، لأن الأخذ بالمسؤولية الجنائية دون السياسية يؤدي إلى تدعيم وتقوية مركز رئيس الجمهورية، وهذا غير مقبول في ظل دولة القانون، لذلك يتمنى المرء أن ينص الدستور الجزائري على المسؤولية السياسية صراحة في الدستور، كما أن غياب القانون العضوي المتعلق بقواعد عمل المحكمة العليا للدولة جعل الأمر غامضا بخصوص الجهة

كما يمكن أن يترتب على هذه المناقشة إيداع ملتمس رقابة يقوم به المجلس الشعبي الوطني لأحكام المواد 135 و136 و137 أدناه.

للوزير الأول أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتا بالثقة، وفي حالة عدم الموافقة على لائحة الثقة يقدم الوزير الأول استقالة حكومته.

في هذه الحالة، يمكن رئيس الجمهورية أن يلجأ، قبل قبول الاستقالة، إلى أحكام المادة 129.

يمكن الحكومة أن تقدم إلى مجلس الأمة بيانا عن السياسة العامة."

[1]-بوقفة عبد الله: المرجع السابق، ص289-291.

[2]-Pierre Avril: **à propos du statut pénal du chef de l'Etat (**présentation du rapport de la commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du président de la république instituée par le décret du 4 juillet 2002), Revue Du Droit Public, N 6,2002,p 1881.

المختصة بتحريك الاتهام واجراءات المحاكمة والعقوبة المقررة، عكس الدساتير الأخرى والتي تم التعرض لها في الدراسة وهي الدستور الفرنسي والدستور الأمريكي، ولهذا ليته يتم انشاء لجنة مكونة من شخصيات مستقلة معظمهم قانونيين تختص بالحالات التي قد تستدعي اتهام رئيس الجمهورية ويكون لها حق الإعلان عما إذا كان من الملائم رفع الدعوى على رئيس الجمهورية من عدمه وذلك بعد الاطلاع على جميع المستندات والملفات وتقدير جسامة الجريمة، أو منح هذا الاختصاص للبرلمان مثل ما جاء في الدستور الأمريكي.

الفصل الثاني

متطلبات دولة القانون

من المسلم به في العصر الحديث أن الدولة لا بد أن تخضع للقانون، ولا تكون كذلك إلا حيث تخضع فيها جميع الهيئات الحاكمة لقواعد تقيدها وتسمو عليها؛ أي أن مبدأ خضوع الدولة للقانون يهدف إلى جعل السلطات العامة في الدولة تخضع لقواعد ملزمة لها، كما هي ملزمة بالنسبة للمحكومين، وهذا يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، إلا أن رئيس الجمهورية يحتل مكانة مميزة تسمو على كل المؤسسات الدستورية، لهذا نتساءل عن الوسائل الرقابية على أعماله القضائية ودورها في ارساء معالم دولة القانون؟

هذا ما سنتطرق إليه في مبحثين، نتناول في الأول ماهية دولة القانون، أما المبحث الثاني فسنخصصه لدراسة دور المجلس الدستوري الجزائري في الرقابة على أعمال رئيس الجمهورية وترسيخ دولة القانون، باعتباره أقوى آلية تخضع من خلالها أعمال رئيس الدولة للرقابة، فسنتعرض لها بالتحليل، ونبين موقف المؤسس الدستوري الجزائري منها.

المبحث الأول
ماهية دولة القانون

تقوم بين الدولة والقانون علاقات وثيقة ومعقدة تتطلب تفاعلا متبادلا، فالدولة تمارس تأثيرا قويا جدا على تكوين وتطبيق القواعد القانونية، والقانون بدوره يضع حدودا لنشاط الدولة، فلا تكون الدولة قانونية إلا حيث تخضع فيها جميع الهيئات الحاكمة لقواعد تقيدها وتسمو عليها، فتعمل وفق القوانين التي تشرعها السلطة التشريعية وتتقيد بها السلطة التنفيذية ما ينبثق عنها من أجهزة إدارية تعمل بإشراف السلطة القضائية التي تطبق تلك القوانين ولكي ندرك كل أبعادها، نحدد أولا مفهومها، ثم متطلباتها في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:
مفهوم دولة القانون

من المتعارف عليه أنه عند التطرق لأي نظرية لابد لنا من التعمق في أبعاد تلك النظرية، ومن هذا المنطلق قبل التطرق لمتطلبات دولة القانون، لابد من مراجعة تاريخ الفكر الإنساني وتوضيح الأصول التاريخية لمفهوم دولة القانون، من خلال نظرة الفقه إليها وقد ذكر بعض شراح القانون العام عدة تعريفات لدولة القانون، خاصة الفقه الألماني والفقه الفرنسي، لهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول مفهوم دولة القانون في الفقه الألماني، وفي الفرع الثاني مفهوم دولة القانون في الفقه الفرنسي ولو بصورة موجزة.

الفرع الأول: مفهوم دولة القانون في الفقه الألماني

إن كلمة دولة القانون جاءت ترجمة حرفية للكلمة الألمانية Rechtssaat، ولقد تأسست هذه النظرية في الفقه الألماني ثم الفرنسي لاحقا، وأن أول من أطلقها هو العلامة الألماني Robert Von Mahl عام 1843، حيث تناول المفكرون الألمان شروحات وفلسفة Kant بخصوص مفهوم الدولة، وجدلية الفيلسوف الألماني Friedrich Hegel حول علاقة الدولة بالقانون، ونهلت أيضا من الواقع الألماني في تلك الحقبة، ووظفوها لإرساء القواعد النظرية لدولة القانون، وتحولت ظاهرة الدولة فكريا، من علاقة قهر وتسلط إلى نظام موضوعي يوفر للتجمعات البشرية الأمن والاستقرار في إقليم معين، ويوفر كذلك سلطة وإرادة عليا تتولى مهام

الإدارة والتدبير، وتحظى بدعم ومساندة عموم الشعب، لكنهم لم يكونوا جميعا منطلقين من تصور واحد لهذا المفهوم، لأنه حسب الفقيه Michel Troper كان يسود الفكر الألماني نوعا من التمييز ما بين دولة القانون المادية وهي الدولة التي لا يمكن أن تعمل إلا وفق قانون موضوعي موجود في مرتبة أعلى منها، ودولة القانون الشكلية والتي جاءت بعد 1871 ومعناها للدولة كيانا مستقلا تعمل فيه وفق القانون الوضعي الذي تحدده بنفسها.[(1)]

إن الدولة بالنسبة للمدرسة الألمانية ليست هي من يصنع القانون، وإنما هي من يعبر عنه، فالدولة والقانون هما وجهان لعملة واحدة، فالدولة تنشأ انطلاقا مما يسمى النظام القانوني، ويعني أن القواعد الملزمة للدولة تكون بناء تسلسليا وهرميا متدرجا من حيث قوتها الإلزامية، وتكون كل قاعدة من مستوى أدنى متوافقة مع القاعدة الأسمى منها، وهو ما يجعل بالتبعية سلطة الدولة محدودة.[(2)]

ووفق هذا الطرح، تستند الدولة إلى نظام قانوني معين وإلى مدى خضوعها للقانون، حيث يتحول بالضرورة كل نظام قانوني إلى دولة، ولقد تمت إعادة صياغة هذا المفهوم في بداية القرن العشرين من طرف القانوني النمساوي Hans Kelsen، الذي نقل مفهوم دولة القانون من الفقه الألماني وعالجه في إطار نظرية قانونية، حيث عرفها بأنها نظام قانوني، يتميز بخصائص العدالة والإدارة، وتكون فيها القواعد القانونية متدرجة بشكل يجعل سلطتها محدودة ومقيدة، وبذلك تعتبر الدولة تجسيدا لمبدأ تدرج هرمي للقواعد القانونية، يظهر في أعلاه دستور يتضمن تعريفا للحقوق والحريات ويحقق المساواة أمام القانون مع وجود وسائل رقابية تضمن تطابق القواعد المتدرجة بعضها مع بعض وتمتد رقابتها إلى التحقق من مطابقة الدستور، ذلك أن ضمان مبدأ تدرج القواعد القانونية، يضمن استمرارية الدولة، وبالنسبة لالتزام الدولة بالقانون، فهذه النظرية تستند إلى فكرة التقييد الذاتي مثل غيرها من النظريات التي تخرج القانون من كيان الدولة إلى فكرة القانون الطبيعي ل Kant؛ حيث يعتبر هذا الأخير القانون الحقيقي الوحيد هو القانون الطبيعي، وبالتالي فالقانون الطبيعي ما هو سوى مجموع القوانين الوضعية للدولة.[(3)]

[(1)]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 37- 38.

[(2)]- ميشال مياي: المرجع السابق، ص 88.

[(3)]- Jacques Chevallier: **L'Etat de Droit** , 4ème edition, Montchrestien, Paris, 2003, p 20.

ومن مؤيدي هذه النظرية أيضا.Stahl F.J الذي يعرفها بأنها تلك التي تعين عن طريق القانون وسائل مباشرة نشاطها وحدود ذلك النشاط، كما تحدد مجالات النشاط الفردي الحر، وعرفها أيضا Gierke بأنها الدولة التي تخضع نفسها للقانون وليست تلك تضع نفسها فوق القانون، مما يعني تحديد سلطة الحكام وعدم سموهم على القانون، وهو ما يميزها عن الدولة البوليسية التي تسن بدورها قواعد قانونية لكن هذه القواعد تفرض على المواطنين دون الحكام مما يؤدي إلى سمو الحكام على القانون.[1]

الفرع الثاني: مفهوم دولة القانون في الفقه الفرنسي

تأثر الفكر القانوني الفرنسي بآراء الدستوريين الألمان، وأول من تفاعل معها العلامة Carré De Malberg، من خلال مؤلفه الهام:

Contribution à la théorie générale de l'Etat ليتبعه لاحقا الفقيه Georges Burdeau والفقيه Charles Eisenmann، حيث نقل هذه النظرية من الفقه الألماني وأسقطها على النمط الفرنسي للدولة، الذي يتميز بموروثه الثوري؛ مما أحدث نوعا من المزج بين هذه النظرية، وبين أفكار الثورة الفرنسية حول الدولة والأمة، والسيادة، رغم أنه رفض عدة عناصر من النظرية الألمانية الأصلية، معتبرا إياها إما غير مثبتة، وإما لا تستجيب للفكر القانوني الفرنسي.[2]

ويرى الفقه الفرنسي أن هناك ترابط بين الدولة والنظام القانوني؛ بمعنى أن الدولة هي تجسيد لنظام قانوني يتشكل من مجموعة قواعد القانون متسلسلة، تستمد كل قاعدة قانونية صحتها من قاعدة أسمى منها، كما أن نظرية دولة القانون تفسر التزام الدولة بالقانون الذي يكاد يكون آليا، باعتبار أن هذه الأخيرة هي مظهر لنظام قانوني يسبق وجودها، ويعرف الفقيه De Malberg دولة القانون، بأنها الدولة التي تلزم نفسها بنظام قانوني في علاقتها مع الأفراد وذلك لضمان حرياتهم الفردية، حيث يكون سلوكها خاضعا لنوعين من القواعد بعضها يحدد حقوق الأفراد، وبعضها الآخر يحدد الوسائل المستعملة بغرض تحقيق أهداف الدولة وذلك بإسنادها

[1]- منير حميد البياتي: **النظام السياسي الإسلامي(مقارنا بالدولة القانونية)**، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 23 .

[2]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 38.

إلى النظام القانوني الذي تكرسه، ويميز هذا الفقيه بين ثلاثة أشكال من التنظيم القانوني للدولة الدولة البوليسية وهي نظام تتصرف فيه الإدارة وفق سلطتها التقديرية، وتطبق على الأفراد من التدابير ما تراه مناسبا، والدولة الشرعية التي يكون القانون مصدر تحديد للنشاط الإداري باعتباره تعبيرا عن الإرادة العامة، وأخيرا دولة القانون باعتبارها نظاما ممركزا يحقق مبدأ تدرج القواعد القانونية، ويوفر آليات رقابة بواسطة هيئات مستقلة، تضمن هذا التدرج في جميع مستوياته، بما في ذلك الرقابة الدستورية.[1]

نستنتج من تعريف De Malberg أن الدولة القانونية مرتبطة أولا بتدرج القواعد القانونية، بحيث كل قاعدة تستمد صحتها من القاعدة الأسمى منها مباشرة، لوضع حد لتسلط السلطة، وثانيا هدف هذه القواعد القانونية، إذ يشترط فيها أن تنص على الحقوق والحريات الفردية، وثالثا تنوع مصادرها، إذ يفترض أن تصدر عن سلطة غير تلك التي تقوم بتطبيقها، كي لا تكون السلطة خصما وحكما في آن واحد.

ويعرفها الأستاذ Michel Miaille من جانبه من خلال ثلاثة أبعاد: بعد سياسي يرمي إلى ضمان الحرية وضمان النقد وضمان القيم الأساسية، وبعد منهجي يجعل من دولة القانون أسلوبا تحليليا لتاريخ الدولة وأصولها، وبعد إبستيمولوجي يقوم فيه مفهوم دولة القانون بوظيفة معرفية تهدف إلى ارساء منظومة معرفية حول المجتمع، وعليه فدولة القانون– حسبه– هي مصطلح قانوني وسياسي يشير إلى عدة معاني لاتساع مدلوله الأصلي، فهو شعار سياسي يدل على طموح جماعي يستخدمه المؤمنون بحرية الفرد وحقوق الانسان، وأيضا أصبحت دولة القانون وسيلة يستعملها الحكم السياسي نفسه لجلب المشروعية وتكريسها وجعلها سببا لترسيخ سلطته، وهي أيضا نظرية سياسية تكتسي صبغة الخطاب بالأوامر والنواهي، وتشير دولة القانون أيضا إلى نظرية دستورية وهي التي يتحقق فيها ضمان حقوق المواطن والحد من سلطات المؤسسات السياسية بالقانون والفصل بين السلطات.[2]

---

[1] -Jacques Chevallié: op. cit , p 33.

[2]- ميشال مياي: المرجع السابق، ص 215.

وإن كان هذا التعريف تقني ويميل إلى الطريقة القانونية التي ينتقدها Miaille، فإننا سنقترح تعريف آخر للأستاذ Maurice Duverger أكثر تعبيرا لما أراده الأستاذ Miaille وهو: دولة القانون هي الدولة التي تتماثل فيها القواعد القانونية المعمول بها[1] ؛ أي هي الدولة التي يتطابق فيها النظام القائم (الواقع) وإرادة الأفراد المحكومين بالقوانين العامة والمجردة.

وهكذا يرى الفقه الفرنسي أن دولة القانون هي نظام تسلسلي للقواعد القانونية تستمد صحتها من القاعدة القانونية الأعلى منها درجة، وهكذا لغاية الوصول إلى قاعدة قانونية سامية وهي الدستور والذي يفترض وجوده، وهذه القاعدة المفترضة لا يجوز معها التساؤل من أين تستمد صحتها وقوتها الإلزامية، بل يكفي افتراض ذلك، أما التزام الدولة بالقانون فهو نوع من الالتزام الذاتي فسلطة الدولة لا تكون غير محدودة، وإنما تملك امتيازا تضع بموجبه وبنفسها القواعد التي تقيد سلطتها. [2]

إن الاهتمام بدولة القانون أيضا يبرره ما عرفته فرنسا تحت الجمهورية الخامسة، من رقابة الدستورية التي يبدو أنها تحقق إحدى التقنيات التي تقتضيها دولة القانون، وهي خضوع القانون للدستور، وذلك بفرض نوع من الرقابة على المشرع فيما يخص القوانين التي يصوت عليها، لكن لم يسع أي من المفهومين الألماني والفرنسي إلى إيجاد آلية تطبيقية لطروحاته حتى منتصف القرن العشرين، وذلك بغياب أية رقابة فاعلة على النصوص القانونية التي تخالف القيم، هذا التصور حول غياب أحد أهم مقومات دولة القانون وهو الرقابة على دستورية القوانين في أوربا نجد نقيضه في أمريكا، حيث الاجتهاد الشهير عام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون ليؤسس لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين لتعم العالم فيما بعد.[3]

لنخلص إلى أن عبارة دولة القانون تتضمن في مدلولها المباشر عدة معان، فهي تشير إلى نظام مؤسساتي تكون فيه السلطة العامة في جميع مظاهر نشاطها سواء من حيث الإدارة أو القضاء أو التشريع خاضعة لقوة القانون؛ كما أنها توحي إلى تكريس الحقوق والحريات،

[1]- موريس دوفرجيه: المرجع السابق، ص 244.
[2]- سعيد بوالشعير: المرجع السابق، ص38-39.
[3]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 39.

وتسعى لحمايتها ضد تعسف الدولة؛ وهي أخيرا تسند الدولة في نشأتها واستمراريتها إلى القانون، على اعتبار أن القانون والدولة يمثلان شيئا واحدا.

المطلب الثاني:
متطلبات دولة القانون

دولة القانون بالمفهوم الذي أشرنا إليه في المطلب الأول من هذا الفصل لها مقومات ومبادئ ترتكز عليها، والتي يمكن تلخيصها في أربعة مبادئ وهي: الدستور، تدرج القواعد القانونية، الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية، الرقابة على دستورية القوانين، حيث سنحاول توضيح وإبراز هذه المبادئ في الفروع التالية:

الفرع الأول: الدستور

من المبادئ المسلم بها في النظم الديمقراطية مبدأ الدستورية والذي يعني أن الدستور هو قاعدة محددة وثابتة للحكم، الدستور يشمل المبادئ الرئيسية التي ترتكز عليها الدولة وعلى الأحكام العامة التي تتألف منها السلطات والهيئات في هذه الدولة، أو بتعبير آخر هو الذي يحدد حقوق وواجبات السلطات المختلفة التي يشكلها، وقد عرفه الفقيه André Hauriou بأنه "مجموعة القواعد التي تحدد وتنظم عمل الدولة."[1]

إن الدستور هو رمز وأساس لدولة القانون، لأنه يؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة في الجماعة محددا من يكون له حق التصرف باسم الدولة، محددا أيضا وسائل ممارسة السلطة، كما يبين طريقة اختيار الحاكم وحدود سلطاته واختصاصاته ويمنحه الصفة الشرعية، إذ هو أسمى من الحاكم، ونعني بمبدأ سمو الدستور أي علوه على سائر القوانين المرعية؛ بمعنى أن هذه القوانين إذا ما تعارضت في روحها ونصوصها مع الدستور فيكون الدستور مرجحا عليها وتلك القوانين خاضعة إليه، بحيث أنه يقتضي عندئذ أن تتلاءم مع مبادئه وقواعده.[2]

(1)- أندريه هوريو: **القانون الدستوري والمؤسسات السياسية**، ج1، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1974، ص 299.

(2)-ادمون رباط: المرجع السابق، ص 478.

وعلى ذلك تكون السلطة التي مصدرها الدستور مقيدة بالضرورة، وبذلك يحيط الدستور الهيئات الحاكمة بسياج قانوني لا يمكنها الخروج عليه وإلا فقدت صفتها القانونية وفقدت تصرفاتها الصفة الشرعية، وإذا كان الدستور هو مصدر سلطات الدولة ويحدد اختصاصاتها فإنه ينبغي احترام قواعده وعدم الخروج عليها.

إن وجود الدستور يعني إذن تقييد جميع السلطات المنشأة في الدولة، أي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، لأن الدستور هو الذي أنشأها ونظمها وبين اختصاصاتها، ولأنها سلطات تابعة للسلطة التأسيسية.

ويتضمن مبدأ سيادة الدستور التسليم بمبدأ آخر هو مبدأ الشرعية أو مبدأ سيادة حكم القانون الذي يعني خضوع الادارة للقانون أن الإدارة لا يجوز لها أن تتخذ اجراء أو قرار إداري أو عملا إلا بمقتضى القانون وتنفيذا للقانون، فالإدارة لكونها إحدى سلطات الدولة يتعين عليها كغيرها من السلطات أن تحترم مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة وأن تمارس نشاطها في نطاقها والتزام الإدارة بالعمل في دائرة وحدة النظام القانوني المقررة في الدولة؛ أي خضوع الإدارة للقوانين المعمول بها ويعتبر خضوع الإدارة في نشاطها للقانون تطبيقا لمبدأ الشرعية وعنصرا من عناصر الدولة القانونية، ويترتب عليه سيادة حكم القانون وسيطرته وخضوع الحكام والمحكومين له على السواء، فلا يصح أن يتحلل الحكام في الدولة القانونية من حكم القانون[1] ،وبغير ذلك يصبح الأمر فوضى ويخرج من دائرة النظام الديمقراطي إلى نظام بوليسي استبدادي.

ومتى صارت الإدارة في وضع لا تتقيد فيه وتتخذ قراراتها الإدارية وأعمالها المادية استنادا لأهوائها كنا أمام دولة بوليسية، حيث تكون السلطة الإدارية مطلقة الحرية في أن تتخذ قبل الأفراد ما تراه من الاجراءات محققا للغاية التي تسعى إليها وفقا للظروف والملابسات، وهذا هو النظام الذي عرفته الملكيات المطلقة في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وبذلك تكون النتيجة المنطقية لصفة الشرعية العليا الممنوحة للدساتير المكتوبة هي أن القوانين العادية التي يضعها المشرع العادي يجب أن تحترم الدستور لا في حرفيته فقط،

[1]-منير حميد البياتي: **النظام السياسي(مقارنا بالدولة القانونية)**، دار وائل، عمان، ص 25.

بل وفي روحه أيضا، أي في مبادئه ولتأمين هذه التبعية بصورة عملية هناك عدة وسائل تختلف قيمتها يمكن استعمالها.[1]

وعليه، نجد أن أهمية الدستور لا تنبع من مجرد وجوده، وإنما من تنفيذه واحترام أحكامه وعدم مخالفتها من جانب السلطات العامة فيما تصدره من قوانين وقرارات، فلا معنى للدستور ولا لمبدأ سيادته إذا انتهكت أجهزة الدولة مضمونه.

وإذا كان الدستور هو مصدر السلطات، فكان من الأصول المتفق عليها الأخذ بمبدأ فصل السلطات، بحيث تستقل كل سلطة في مزاولة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، ويترتب عليه أن تقتصر وظيفة البرلمان على اصدار تشريعات هي قواعد عامة ومجردة ولا يباشر وظيفة تدخل في اختصاص السلطتين التنفيذية والقضائية إلا إذا نص الدستور على ذلك، وتقتصر وظيفة السلطة التنفيذية على اصدار القرارات الادارية ولا تباشر عملا تشريعيا أو قضائيا إلا بناء على نص دستوري، وتنفرد السلطة القضائية بتطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليها بإصدار أحكام قضائية لها قوة الشيء المقضي به، إلا أنه لا يكفي النص في الدستور على تنظيم السلطات السياسية للدولة وتحديد العلاقة بينها وتعيين حقوق الأفراد وواجباتهم، وإنما يجب أن يكون هناك من الضمانات ما يكفل احترام السلطات التي انشأها الدستور للاختصاصات التي أسندت إليها دون أن تتجاوزها، ويتحقق ذلك عن طريق رقابة أعمال هذه السلطات وما يترتب على ذلك من بطلان الأعمال المعيبة وهذا ما يطلق عليه رقابة دستورية القوانين وهي نتيجة متفرعة من مبدأ سيادة الدستور.[2]

ولاشك أن الدولة عند قيامها بوضع القوانين واللوائح إنما تتبع قواعد معينة واردة في الدستور، فهي مقيدة بحدود مرسومة لا يجوز الخروج عليها، ومن هنا تبدو ضرورة وجود رقابة قانونية على تصرفات حكامها.

[1]- أندريه هوريو: المرجع السابق، 1974، ص 299.

[2]-محمد عبد الحميد أبو زيد: **توازن السلطات ورقابتها(دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص367.

الفرع الثاني: تدرج القواعد القانونية

لا يمكن تصور النظام القانوني لدولة القانون دون التدرج القانوني الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على بعض وتبعية بعضها للبعض الآخر، فالقواعد ليست في مرتبة مساوية من حيث القوة والقيمة القانونية، ففي قمتها القواعد الدستورية باعتبارها، تعبيرا عن السلطة التأسيسية التي تسمو على كل سلطة وهكذا يوجد في أعلى هذا البناء الهرمي الدستور، ثم تتلوها التشريعات التي تعبر عن الإرادة العامة، ويكون متبوعا باللوائح والتنظيمات الصادرة من السلطات الإدارية وهكذا يستمر هذا التدرج حتى يصل إلى القرار الاداري الفردي الصادر من سلطة إدارية دنيا، وهذا التدرج بين القواعد القانونية يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى درجة للقاعدة الأسمى شكلا وموضوعا، فأما خضوعها شكلا فبصدورها من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى وباتباع الاجراءات التي بينتها، وأما خضوعها موضوعا فذلك بأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى، إذ لا يصح أن تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها في مرتبة التدرج، حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة.[1]

إن تدرج قواعد القانون يقود آليا إلى نوع من التبعية للجهاز التنفيذي، ولكن الإدارة لا تتصرف إلا بمقتضى القانون، وفي الحدود التي يسطرها القانون، مما يؤدي إلى تقييد سلطتها المشروعة، إن هذا النمط لتسلسل القواعد يستلزم إذن الاعتراف بمساواة جميع الأشخاص أمام هذه القواعد المعمول بها، إذ في الحالة العكسية، أي في وجود استثناءات على مبدأ المساواة، لا يكون لتدرج القواعد القانونية معنى أصلا، ولا يظهر أثره المنشود في تقييد سلطة الدولة، ومع هذا المفهوم لتدرج القواعد القانونية أو تدرج النظام القانوني في الدولة يتعذر أيضا تصور وجود الدولة القانونية بدونه.

هذه القواعد القانونية بحكم طبيعة الأشياء "لا يمكن أن تكون في مستوى واحد ولا تتمتع بالقيمة ذاتها، إذ من العبث الزعم بأن النشاط الذي يكمن في سن القوانين يمكن أن يكون مساويا للنشاط الذي يكمن في تنفيذها، وبما أن الدستور يتوقع وجود تدرج في مختلف

[1]-منير حميد البياتي: المرجع السابق، ص25.

الأعمال القانونية وفصل بين السلطات المخولة صلاحية تبنيها، فإنه ينبغي النظر في آثار التدرج على الفصل، من هنا يفترض وجود هرمية معينة تؤسس لترابط عمودي معين بين هذه القواعد المعتمدة". [1]

إن الهرمية التي تمسك بها منظرو دولة القانون ابتدعها منذ زمن طويل العلامة النمساوي Kelsen.H وذلك بإجماع الفقه على هذا الرأي، وعليه فالطبيعة القانونية لأية قاعدة قانونية لا تتحقق إلا من خلال وجودها ضمن مجموعة هرمية.[2]

الفرع الثالث: الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية

يعتبر الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية أحد مقومات دولة القانون، فهو الهدف الأساسي من قيام دولة القانون، لأن نظام الدولة القانونية يهدف إلى حماية الأفراد من تعسف السلطات العامة واعتدائها على حقوقهم، فهو يفترض وجود حقوق للأفراد في مواجهة الدولة، لأن المبدأ ما وجد إلا لضمان تمتع الأفراد بحرياتهم العامة وحقوقهم الفردية، ومتى اختفت الحقوق والحريات الفردية أو انعدمت في النظام القائم كنا أمام دولة بوليسية.[3]

فالنظرية الكلاسيكية للقانون هي التي تقول بأن الدولة وحدها هي من يقرر الحقوق ومن يحرسها في آن معا، أي أنها تمارس سلطة الأمر والفصل، هذا التداخل ما بين صلاحية الدولة كمنظم وبين صلاحيتها كحام للحقوق والحريات العامة شكلت الخطوط العريضة لإدخال الحريات العامة في القاعدة القانونية الأسمى- النص الدستوري- بحيث تصبح هذه القاعدة خارج صلاحيات السلطات الدنيا.[4]

إن دسترة حريات الانسان جعلت كافة فروع القانون وما ينبثق عنها من قواعد منظمة لحقوق الانسان وحرياته العامة ترتبط ارتباطا وثيقا بالدستور، بحيث أجمع الفقه الحديث على أن الدستور لم يعد مجرد نص سياسي ناتج عن توافق قوى المجتمع ليؤدي دورا ثانويا، لكنه أصبح وثيقة قانونية تفرض قواعدها على جميع السلطات، وفي الحالة السلبية يترتب على

---

(1)- نقلا عن لوران دوبيسيه: المرجع السابق، ص419.

(2)- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 85.

(3)- منير حميد البياتي: المرجع السابق، ص 26 .

(4)- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 103.

ذلك ابطال اعمال هذه السلطات من قبل القضاء، كونه يشكل صمام الأمان للاستقرار المؤسساتي، ولذلك سعت الأنظمة الليبرالية إلى تأمين أقصى حماية ممكنة لتلك المقومات الأساسية لحياة الانسان من خلال التنصيص عليها في الدستور.[1]

الفرع الرابع: الرقابة الدستورية على القوانين

من مبدأ سمو الدستور انحدرت نظرية الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح وعلى سائر الأعمال القانونية، وهي النظرية القائلة بأن ثمة تمييز في الطبيعة القانونية والقوة الإلزامية، بين القوانين الدستورية والقوانين العادية، فهي من حيث مضمونها عمل قانوني يتطلب مؤهلات فنية وكفاءة قانونية خاصة في القائمين بها لتحديد مدى اتفاق التشريعات الصادرة من المجالس النيابية أو الحكومة مع أحكام الدستور، ومعرفة ما إذا كانت تلك التشريعات قد خرجت على مبادئ الدستور صراحة أو ضمنا وبيان حدود اختصاصات البرلمان أو الحكومة للتحقق من أن هذه الاعمال القانونية مطابقة للدستور، كل ذلك يفترض يقينا أن القائمين بهذه الرقابة لديهم الثقافة القانونية التي تمكنهم من التصدي لهذه المهمة التي تتعلق أساسا بحل النزاع بين قاعدتين قانونيتين تحتل إحداهما مركز الصدارة من القواعد القانونية، أو النزاع القائم بين الإدارة والأفراد.[2]

ومادام الدستور هو القانون الأساسي للدولة، فلا بد إذن لقوانين الدولة العادية أن تكون متوافقة مع نصه وروحه، ولا يكفي أن ينص الدستور على تنظيم سلطات الدولة ورسم اختصاصاتها وبيان العلاقة بينها، وإنما يجب توافر ضمانات تكفل احترام تلك السلطات للمهام التي أسندت إليها وهذا يتطلب رقابة أعمال السلطات، وهو ما يسمى بمبدأ رقابة دستورية التشريعات، ويعني التزام جميع سلطات الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية باحترام الدستور وعدم صدور أي تشريع سواء أكان عاديا أم ثانويا يناقض المبادئ التي جاء بها، ويترتب على ذلك إعلان بطلان القوانين أو التشريعات الثانوية المخالفة للدستور وضمان مبدأ سيادته، ولا شك أن احترام التشريعات للدستور يتطلب قيام سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية للحكم على ما إذا كانت هذه التشريعات مطابقة للمبادئ الدستورية، أو

[1] -محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع السابق، ص 368.

[2] -منير حميد البياتي: المرجع السابق، ص 25 .

مخالفة لها حتى يتم للدستور علوه وسيادته باعتباره أعلى من القواعد القانونية الأخرى ومقيدا لها.[1]

إن الرقابة على دستورية القوانين اعتمدت من أجل بلورة مفهوم دولة القانون، التي تقضي بخضوع جميع السلطات الدستورية في أية دولة ديمقراطية إلى أحكام القواعد الدستورية، بحيث تأتي القوانين والأنظمة التي تصدر عن هذه السلطات متطابقة مع الدستور، فالدستور هو رمز دولة القانون، هذا الترابط المتين ما بين الدستور ودولة القانون يجعلنا نرى أن الرقابة على دستورية القوانين هي عامل أساسي من عوامل دولة القانون القائمة على سمو الدستور لأنه من دون هذه الرقابة لا حياة لمبدأ تسلسل القواعد ولا حياة لدولة القانون.[2]

إن الصرح القانوني كما يقول العلامة النمساوي Kelsen.H يقوم على مبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية، فكل قاعدة تنهل سند مشروعيتها من القاعدة التي تعلوها، حتى نصل إلى الدستور الذي يتبوأ مكان الصدارة من قمة التدرج الهرمي، والرقابة على دستورية القوانين واللوائح هي التي تحفظ للدستور بقاءه في قمة هذا الهرم، وبذلك تؤكد الرقابة الدستورية على مبدأ الشرعية.[3]

ويتضح من ذلك أن الحكومة تكون شرعية إذا كانت تصرفاتها في حدود الدستور، فإذا خرجت عليها عدت حكومة استبدادية، ومن ثم فلا بد في كل حكومة عادلة من خضوع الحكام جميعا(رئيس الدولة والوزارة والبرلمان)لمبدأ شرعية تصرفاتهم سواء أكانت قوانين أم قرارات إدارية.

ويترتب على ذلك احترام حقوق الافراد وحرياتهم، والحيلولة دون مخالفة السلطة التشريعية للأحكام التي حددتها السلطة التأسيسية، لأن الدستور بما له من سيادة على القوانين العادية واللوائح يقيد المشرع العادي والحكومة في الحدود التي رسمها وخير وسيلة لضمان احترام القيود الدستورية تتمثل في الرقابة الدستورية.

---

[1]- محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع السابق، ص368.

[2]- أمين عاطف صليبا: المرجع السابق، ص 97.

[3]- محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع السابق، ص ص 378.

لذا فإن قول الفقيه اسمن بأن "القواعد التي عينها الدستور للسلطة التشريعية لا رقيب عليها إلا ضمير أعضاء هذه السلطة ومسؤوليتهم الأدبية حيال الامة"، [1] لا يستقيم في ظل حكومة القانون.

تاريخيا يعود الفضل في ظهور نظرية الرقابة الدستورية وتبلورها في شكل مبدأ دستوري إلى الثورة الفرنسية وتم تطويرها من قبل الفيدراليين الأمريكيين، فقد كان ينظر إليها كوسيلة أخرى من الضوابط والتوازنات، وفي الحقيقة أن هذه الفكرة تستمد جذورها من النظام البريطاني الذي كان يسمح للقاضي برفض القانون الذي يتعارض مع قاعدة حقوقية عليا، ففي بداية القرن السابع عشر تمكن أحد القضاة الإنجليز في حكم أصدره في إحدى القضايا من دعم الاتجاه القائل بأن للأعراف قيمة تسمو على القانون الملكي أي أنها تتقدم على القانون الصادر عن البرلمان، وفي فرنسا كانت الرقابة على دستورية القوانين مرفوضة والحجج في ذلك عديدة منها السلطة السيادية للبرلمان، وكذا مبدأ الفصل بين السلطات، والتخوف من حكومة القضاة.[2]

لكن السؤال المطروح كيف نخضع السلطة التنفيذية لرقابة القاضي؟

نظرا لأهمية هذا الموضوع باعتباره أحد مقومات دولة القانون، وأيضا هي أقوى آلية تخضع من خلالها أعمال رئيس الدولة للرقابة، فسنتعرض لها بالتحليل، ونبين موقف المؤسس الدستوري الجزائري منها في المبحث الموالي.

---

[1]- محمد عبد الحميد أبو زيد: المرجع السابق، ص ص 379.

[2]- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص124.

المبحث الثاني:
دور المجلس الدستوري الجزائري في ترسيخ دولة القانون

تختلف الدساتير في الطريقة التي تتبعها لتحقيق دستورية القوانين وكفالة احترام أحكام الدستور وتقرير الجزاء المترتب على مخالفة ذلك الالتزام، فهناك دساتير تلجأ إلى أسلوب الرقابة السياسية عن طريق هيئة سياسية سواء أكان مجلسا دستوريا أم غرفة في البرلمان، والجذور التاريخية لهذه الرقابة تعود إلى فرنسا التي تمنع القضاء من التصدي لها، بينما تلجأ دساتير أخرى إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين والتي تتولاها السلطة القضائية، وهنا يتولى القضاء فحص القانون للتحقق من مطابقة القانون لأحكام الدستور، وهذه النظرية قد تجلت في أول عهدها بشكلها القضائي في الاجتهاد الشهير للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون، ليؤسس لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد فضل الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري على الرقابة القضائية، فكيف نظمت هذه الرقابة؟ وما مدى فعالية هذا المجلس؟ هذا ما سنوضحه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين الأول نتناول فيه رقابة المجلس الدستوري الجزائري على القوانين، أما المطلب الثاني فنخصصه لمدى فعالية المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية.

المطلب الأول:
رقابة المجلس الدستوري الجزائري على القوانين

نتناول في هذا المطلب رقابة المجلس الدستوري الجزائري على القوانين، من خلال التعرض لموقف الفقه من الرقابة القضائية في الفرع الأول، لنصل إلى حرمان القضاء الجزائري من الرقابة الدستورية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية

عارض بعض فقهاء القانون الدستوري هذا النوع من أنواع الرقابة على أساس أن السيادة للقانون العادي، باعتباره القانون الأعلى لأنه يعبر عن إرادة الشعب، وبالتالي فلا يجوز اخضاعه لأية رقابة وهم في ذلك يستندون إلى حجج وهي:

-أن وظيفة القضاء تقتصر على التحقق من مطابقة العمل الاداري للقانون العادي، حيث ادعى هذا الرأي أن رقابة القضاء على دستورية القوانين تعتبر اعتداء على البرلمان، باعتباره ينوب عن الأمة في قيامه بوظيفته مما يعد مخالفة لمبدأ سيادة الأمة؛

-إن هذه الرقابة هي اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يتجه هذا الرأي إلى أن رقابة دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية، يعتبر تدخلا من السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية؛

-إن رقابة دستورية القوانين تخرج عن اطار وظيفة القاض، التي تنحصر في تطبيق القانون وليس في تقييمه والحكم عليه، وأن لجوء القاضي إلى هذه الرقابة يجعل منه سلطة سياسية.[1]

لكن الاتجاه الغالب في الفقه يفضل الرقابة القضائية على دستورية القوانين لأن هذا الأسلوب شديد الفعالية، إذ يمتاز بكونه يتلاءم تماما مع وظيفة القاضي أو من صميم عمله والمتمثل في تطبيق القانون، لأن مهمته تشمل أية ناحية تتعلق بتطبيق القوانين ومراعاة ترتيبها فيلتزم أولا بتعيين القاعدة التي يجب مراعاتها وتغدو مهمته التي لا يستطيع التهرب منها منصبة على حل التناقضات التي يمكن أن تثور أمامه بين القواعد، وهذا في الواقع ما يقوم به دائما إذ أنه يفصل في القانون القديم والقانون الجديد، وبين القانون العام والقانون الخاص، وبين القانون الوطني والقانون الأجنبي وعلى ذلك فالتزام القاضي بتطبيق القانون يندرج ضمنه التزامه بإزالة التعارض بين القوانين بتغليب القانون الأعلى واستبعاد القانون الأدنى، فإذا كان التعارض بين الدستور والقانون، فإنه يستبعد القانون لصالح الدستور، وهو في أدائه لهذا الدور لم يخرج عن دوره في تطبيق القانون، لاندراج أحكام الدستور ضمن

[1]-بن حمودة ليلى: المرجع السابق، ص 232.

مفهوم القانون الذي يخاطب القاضي بتطبيقه، وفي نفس الإطار يرى جانب من الفقه أن القانون المخالف للدستور لا يعدو موجودا أصلا، فلا يقع على القضاة عبء تطبيقه ما دام مخالفا للدستور أي منعدم، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون طالما صدر وفقا للقواعد الدستورية، فإذا ما جاء خرقا لها فإنه يعد غير نافذ ولا يلتزم القاضي بتطبيقه لأن واضعه خرج عن الشرعية الدستورية للقانون، وهذا مقتضى مبدأ التدرج القانوني وسمو الدستور، فهو مقيد في قضائه بالقوانين العادية وبالدستور، ويبسط رقابته على خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، فإذا كان له ذلك فلماذا لا تكون له سلطة رفض تطبيق القانون العادي إذا بدا له هذا القانون مخالفا للقانون الدستوري.[1]

كما أن الرقابة القضائية تعد ضمانة هامة لدولة القانون لأنها توفر حماية قانونية للحقوق والحريات الفردية، حيث يحق للأفراد الطعن في قانون مخالف للدستور في جميع المحاكم وبذلك يتجنب طغيان الأغلبية في البرلمان وخلق تفوق حقيقي للدستور، ومن دون هذه الرقابة لا حياة لدولة القانون، لذلك يكون منطقيا أن يعهد بالنظر في هذه المشكلة القانونية إلى جهة قضائية يتوفر فيها التكوين القانوني السليم لأعضائها وضمانات الحيدة والاستقلال، ما يجعل من الرقابة القضائية وسيلة فعالة لضمان احترام الدستور والقانون.[2]

ولهذا اعتبرت الرقابة القضائية أقوى الضمانات جميعا لتجسيد دولة القانون، وذلك بما تقدمه النظم القانونية المعاصرة من حلول مختلفة في شأن تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الهيئات العامة، فالقضاء الأمريكي على سبيل المثال له وسائل يستعملها من أجل مراقبة دستورية القوانين وهي:

–تأويل البناء للقوانين: وغاية هذا الأسلوب تفسير القوانين الموضوعة من قبل الكونغرس تفسيرا دقيقا، وذلك بغية العودة بهذه القوانين إلى المبادئ الدستورية، هذا التأويل لا يقيد اطلاقا إرادة المشرع، من أجل اخضاعها لما يسميه القضاة بالشرعية الدستورية؛

(1)-ادمون رباط: المرجع السابق، ص 518.

(2)- عبد الغني عبد الله بسيوني: المرجع السابق، ص 173

–علان عدم دستورية القوانين: عندما لا يمكن تأويل القوانين بشكل يتماشى مع حرفية الدستور أو مع حرفية المبادئ الدستورية، يقرر القاضي اعلان عدم دستوريته، هذا الإعلان يؤدي إلى شل القانون تماما.[1]

ولا شك في أن مخاصمة الهيئات العامة أمام قاض متخصص يملك أن يناقش تصرفاتها وأن يراجع الحساب في مشروعية هذه التصرفات، سوف يكون من أهم عوامل ارساء مبدأ المشروعية وفرض احترامه على الجميع، فالرقابة القضائية تحقق بدرجة أعلى من الرقابة البرلمانية والرقابة الإدارية خضوع الدولة للقانون بما تعطيه للأفراد من سلاح يستطيعون بمقتضاه الالتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل الغاء أو تعديل أو التعويض عن الاجراءات التي تتخذها السلطات العامة بالمخالفة للقواعد القانونية المقررة، [2] على عكس الرقابة السياسية التي يعاب عليها عدم استقلاليتها وتغليبها للاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية، ولا تباشر هذه الرقابة إلا بعد اخطار من هاتين السلطتين، مما يجعل هذه الرقابة تتم عادة لصالح السلطات وليس لصالح الأفراد، الذين يحرمون من الطعن في أي قانون يجدون أنه مخالف للدستور.

الفرع الثاني: حرمان القضاء الجزائري من الرقابة الدستورية

إن الملفت للانتباه هو خلو الدستور الجزائري من الإشارة لأي رقابة قضائية على دستورية القانون خصوصا وأن القاضي هو المطبق والمفسر للقانون، فإذا ما تقدم أحد الأطراف في المنازعة المعروضة على القضاء بدفع متعلق بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، ففي هذه الحالة تتخذ الرقابة على دستورية القانون شكل دفع، وهو ما يضع القاضي أمام مسألة أولية يجب الفصل في موضوع النزاع ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وامتناع القاضي عن الرد عن هذه المسألة الأولية يجعله مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، فرقابة القاضي لدستورية القوانين إنما هي مسألة لحق الدفاع المكرس دستوريا، كما أن القضاء يختص بحماية المجتمع والحريات والحقوق الفردية والجماعية من أي اعتداء عليها ولو وقع الاعتداء

---

[1]- أندريه هوريو: المرجع السابق، ص 426.

[2]- منير حميد البياتي: المرجع السابق، ص 28.

من طرف السلطة التشريعية ذاتها[1]، بالإضافة إلى أن أساس القضاء هو الشرعية والتي تتضمن من بين عناصرها القواعد الدستورية[2]، فالقاضي يعمل بمقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يفرض عليه الامتناع عن تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية في الدولة، بوجه عام يلتزم القاضي بتطبيق القانون[3]، وهو مبدأ أصيل يعتبر وليدا لمبدأ الشرعية ويعد القاضي متجاوزا للسلطة متى تعرض لمسائل هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية فلا يمكن للقاضي أن يحل محل الادارة أو أن يصدر قرارات هي من اختصاصها.

والمقصود من التزام القاضي بتطبيق القانون هو التزامه بتطبيق القانون الداخلي، بمعناه الواسع أي كل القوانين والأوامر وكل القواعد الآمرة التي تتضمنها هذه النصوص وكل النصوص الأخرى التي لها الطابع الإجباري المرتبط بقانون كالمعاهدات والنصوص التنظيمية، أما إذا وجد القاضي نفسه أمام ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية أو تناقضها فإنه يلجأ إلى البحث من ارادة المشرع ونيته وهو ما يصطلح عليه بالبحث في روح القانون.[4]

كما تنص المادة الأولى من القانون المدني على التزام القاضي بتطبيق القانون للفصل في النزاعات المعروضة عليه، والمقصود هنا القانون بمفهومه الواسع فتندرج القواعد الدستورية ضمن مضمون القانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه وهذا الأمر لا إشكال فيه فهو سليم نظريا، لكن المسألة تصبح محل نظر عند التعارض بين نص دستوري ونص تشريعي فهنا كيف يتصرف القاضي؟ هل سيطبق النص التشريعي تماشيا مع الرأي القائل بامتناع القاضي عن التعرض لمسألة صحة القانون من الناحية الموضوعية وإن جاز له فحصه من

---

(1)- تنص المادة 139 من دستور 1996 "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

(2)-تنص المادة 140 من دستور 1996 "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة.

الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

(3)- تنص المادة 138 من دستور 1996 "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون".

وتنص المادة 147 "لا يخضع القاضي إلا للقانون".

(4)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 139.

الناحية الاجرائية، أم أن القاضي سوف يوازن بين النصين، فإذا ما وجد التعارض ثابتا بينهما أعمل مبدأ التدرج الذي يفرض إهمال النص الأدنى والفصل في النزاع طبقا للنص الأعلى؟ [1]

والجزائر من الدول التي تبنت الرقابة السياسية عبر كل دساتيرها، فلا توجد محكمة دستورية متخصصة مثل بعض الدول كمصر، ولكن يوجد مجلس دستوري ولا يملك القضاء أو الأفراد حق اخطاره، فماذا يفعل القاضي إذا ما أثار أحد الخصوم أمامه دفعا بعدم دستورية قوانين ما لا سيما وأن القاضي ملزم باحترام حق الدفاع الذي يمثل أحد أكبر الضمانات في الأنظمة الدستورية المعاصرة.[2]

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين مسألة أولية بمجرد إثارتها من طرف أحد الخصوم- إلا إذا اعتبرت من النظام العام فيثيرها القاضي تلقائيا- حينئذ يتوقف القاضي عن الفصل في النزاع إلى أن تحسم مسالة دستورية هذا النص، هذا الأمر بالنسبة للدول التي توجد بها محكمة دستورية متخصصة وهذا غير موجود بالجزائر فكيف يتصرف القاضي؟ منطقيا فإنه يتعين على القاضي الجزائري الفصل في الدفع بعدم الدستورية والرد عليه ولا يسوغ له أبدا الحكم بعدم اختصاصه تحت طائلة عدم التسبيب، فهو مختص طبقا لمبدأ التدرج القانوني للقواعد القانونية، فكأن من يدفع بعدم دستورية القوانين هو يدفع بنص دستوري ويطالب بتطبيقه بدلا من النص التشريعي المتعارض معه، وهنا يمكن للقاضي أن لا يعلن صراحة عدم دستورية النص، ولكن وفقط يطبق النص الأعلى في المرتبة مباشرة.

إن القول بعدم اختصاص القضاة برقابة دستورية القوانين يؤدي إلى القول بأن القانون أسمى من الدستور، وبالنتيجة اخضاع السلطة التأسيسية إلى رغبة السلطة التشريعية، وبالتالي غياب الرقابة القضائية يؤدي إلى تكريس سيادة القانون على الدستور، في حين أن السلطة التشريعية مؤلفة من مجموع هيئات أوجدها الدستور مع غيرها من السلطات الأخرى وأن مثل هذه السلطات خاضعة للقانون الأساسي، وللإشارة فإن القاضي الذي لمس عدم دستورية نص تشريعي فإن سلطته تقتصر على استبعاد القانون المخالف للدستور عن حكم

---

(1)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 130.

(2)- تنص المادة 151 من دستور 1996 "الحق في الدفاع معترف به ومضمون".

النزاع، فالقاضي لا يلغي القانون المخالف للدستور ولكن يمتنع عن تطبيقه، وبذلك لا يكون متدخلا في عمل السلطة التشريعية.(1)

المطلب الثاني:
مدى فعالية المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية

نتناول في هذا المطلب مدى فعالية المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية، من خلال تحليل تشكيلة هذا المجلس في الفرع الأول، ثم تحليل آثار آراء وقرارات المجلس للوقوف على مدى استقلالية هذه المؤسسة الدستورية للقيام بدورها الرقابي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري

تضمن أول دستور أصدرته الجزائر سنة 1963 أحكاما تتعلق بإنشاء مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور، ولكن هذه المؤسسة لم تنصب ولم تشرع في ممارسة مهامها إلا في ظل دستور 1989 بعد أن أغفلها دستور 1976.

ثم جاء دستور 1996 ليستحدث تشكيلة جديدة تتكون من تسعة أعضاء بعدما كان سبعة وجاء هذا الارتفاع استجابة لإرادة المؤسس الدستوري في تمثيل مؤسستين استحدثهما هذا الدستور هما مجلس الأمة كثاني غرفة في البرلمان(2)، ومجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.(3)

ويعتبر المجلس الدستوري من الأجهزة القليلة في الدولة التي بها تمثيل لكل السلطات، حيث تساهم السلطات الثلاث في تشكيلة المجلس الدستوري إما بالتعيين أو الانتخاب، فهو يتشكل بموجب المادة 164 من الدستور من ثلاثة أعضاء بما فيهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنين ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنين ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة.

---

(1)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 132.
(2)- أنظر المادة 98 من دستور 1996.
(3)- أنظر المادة 152 من دستور 1996.

والجدير بالملاحظة أنه لا الدستور ولا أي نص قانوني آخر يحدد الشروط التي يخضع لها اختيار وانتخاب أعضاء المجلس الدستوري، ما عدا ما هو محدد في المادة 164 من الدستور.[1]

كما أنه بالرغم من تعدد السلطات التي تتدخل في تعيين اعضائه، إلا أنه لا يتحقق معهم التوازن بين السلطات الثلاث، إذ أن السلطة التنفيذية يمثلها ثلاثة أعضاء، والسلطة التشريعية أربعة أعضاء، أما السلطة القضائية فيمثلها عضوان فقط- أضعف تمثيل- ففي هذا المجال كان على المؤسس الدستوري أن يحدد أن هؤلاء يجب انتخابهم من بين أعضاء الغرفتين لأن نص الدستور جاء على النحو التالي: "اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني واثنان ينتخبهما مجلس الأمة"، فنلاحظ أن عدم التدقيق والعمومية المميزة للنص يمكن أن يجعله عرضة للتأويل، فكفة السلطة التنفيذية هي الراجحة كون رئيس المجلس الدستوري يستقل رئيس الجمهورية بتعيينه، فهل هذا التعيين لا يؤثر على استقلالية المجلس في اتخاذ قراراته وآرائه؟ خاصة إذا علمنا أن رئيس المجلس الدستوري يتمتع بمركز دستوري خاص، فهو الذي يستدعي الأعضاء ويسير النقاش، ويعين المقررين، ويكون صوته مرجحا في حالة تساوي الأصوات[2]، ويستشار بصفة فردية من قبل رئيس الجمهورية بشأن حالة الطوارئ أو الحصار[3]، ويتولى مهام رئاسة الدولة عند تزامن شغور مقعد رئيس الجمهورية مع شغور منصب رئيس مجلس الأمة[4]، مما يوضح الهيمنة البارزة لرئيس الجمهورية على المجلس الدستوري، ولذلك نرى ضرورة انتخاب رئيس المجلس من بين أعضائه وليس من اقتراح رئيس الجمهورية، ونلاحظ أيضا الطابع السياسي لهذا المجلس بالرغم من الصلاحية المخولة له والهيئات القضائية المتمثلة في المحكمة العليا ومجلس الدولة في انتخاب كل منهما قاضيا للعضوية فيه، والدليل على ذلك هو أن المؤسس الدستوري لم يدرج المجلس الدستوري

---

[1]- عبد القادر شربال: **قرارات وآراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام الدستور الجزائري**، دار هومة، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص28.

[2]- أنظر المادة 17 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخ في 28 جوان 2000، منشور بالجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

[3]- أنظر المادة 91 /1 من دستور 1996.

[4]- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 88 من دستور 1996.

تحت فصل السلطة القضائية مثلما كان الشأن عليه في دستور 1963 وإنما أدرج تحت فصل الرقابة، وبهذا التبويب يكون المؤسس الدستوري قد حدد طابع هذا الدور الرقابي لهذه الهيئة، وكأنه دور سياسي.

ولكن ورغم التحفظ السابق ذكره، ثمة جانب إيجابي، فتماشيا مع ما تقتضيه استقلالية المجلس الدستوري فإن أعضاء المجلس بمجرد انتخابهم أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى[1]، والهدف من هذا الإجراء ضمان استقلاليتهم التامة لأداء مهامهم خاصة اتجاه الجهة المعينة لهم، كما تدوم العضوية لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، على أن يجدد المجلس جزئيا كل ثلاث سنوات[2]، ويعتبر هذا الإجراء إيجابيا للسير الحسن لهذا الجهاز، حيث أنه مع كل تجديد جزئي، يكون للأعضاء الجدد فرصة الاحتكاك بأعضاء دامت عضويتهم على الأقل ثلاث سنوات فيستفيدون من خبرتهم.

ولذات الغرض كرس المجلس الدستوري، من خلال النظام المحدد لقواعد عمله المؤرخ في 28 يونيو 2000 مبدأ الالتزام بالتحفظ والامتناع عن اتخاذ مواقف علنية من قبل اعضائه[3]، كما أنه بمجرد انتخاب أو تعيين العضو لا يمكن للجهة المعينة أو المنتخبة عزله طيلة المدة المحددة دستوريا، إلا إذا أخل بواجباته إخلالا خطيرا، وعندها يقوم المجلس الدستوري الفصل في قضية العضو المعني واتخاذ القرار المناسب وفقا للنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.[4]

الفرع الثاني: آثار قرارات وآراء المجلس الدستوري

أوكل المجلس الدستوري بصلاحيات مختلفة وهو يتولى في المقام الأول رقابة النصوص من حيث مدى دستوريتها، أو مدى مطابقتها للدستور ويسهر على تطبيق القواعد

[1]- أنظر المادة 2/164 من الدستور 1996.

[2]- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 164 من الدستور 1996.

[3]- أنظر المادة 54 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخ في 28 جوان 2000، منشور بالجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

[4]-أنظر المادتين 55 و56 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية[1]، كما يسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن نتائج هذه العمليات[2]، بالإضافة إلى صلاحياته في الحالات الخاصة المنصوص عليها في الدستور ابتداء من المادة 88 وصولا للمادة 102.

وفي هذا المجال لن ندرس كل اختصاصات المجلس الدستوري، بل نستعرض فقط الدور الرقابي للمجلس الدستوري على أعمال رئيس الجمهورية القضائية.

بالرجوع للدستور نجد كلا من رئيس الجمهورية والمجلس الدستوري يضطلعان بمهمة واحدة وهي حماية الدستور لتجسيد دولة القانون، حيث جاء في المادة 1/163 منه "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور"، أما المادة 70 فتنص على أنه "يجسد رئيس الجمهورية، رئيس الدولة، وحدة الأمة، وهو حامي الدستور"، أي حمايته من أي تجاوزات بما فيها المجلس الدستوري نفسه مما يعطي لرئيس الجمهورية قوة مقابل تقليص دور المجلس الدستوري.

كما أن المادة 125 من الدستور حددت مجالين للنصوص التنظيمية؛ السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية والتي لا علاقة لها بمجال القانون، وتتجسد فيما يعرف بالمراسيم الرئاسية، والسلطة التنظيمية للوزير الأول المنحصرة في تطبيق القانون والمعروفة بالمراسيم التنفيذية وهذا يعني أن النصوص التنظيمية منبثقة عن مصدرين مختلفين، وهو الأمر الذي يستدعي التساؤل أولا عن المراسيم المقصودة أهي المراسيم الرئاسية، أم التنفيذية، أم الصنفين معا؟ وثانيا هل بإمكان أي نص تنظيمي أن يكون محلا للرقابة الدستورية؟

للإجابة عن هذه الأسئلة تجدر الإشارة إلى أنه لم يسبق أن عرض على المجلس نص من هذا القبيل يمكن الاستناد عليه، ومع ذلك يلاحظ أن لفظ التنظيمات قد ورد مطلقا، وعلى هذا الأساس يبدو من الصعب تقييده في المراسيم الرئاسية أو التنفيذية، كما أنه يفهم أنه بإمكان كل نص تنظيمي أن يخضع للرقابة، إلا أن الراجح أن النصوص التنظيمية

[1]- أنظر المادة 162 من دستور 1996.

[2]- أنظر المادة 2/163 من دستور 1996.

المقصودة هي تلك التي يطلق عليها عادة التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها، إذن محل الرقابة الدستورية يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددا على ضوء النصوص التشريعية الأصلية أو الفرعية، وهي رقابة تقف عند حد التحقق من مطابقة التشريع والتنظيم للدستور أو عدم مطابقته نصا وروحا.[1]

ويبت المجلس الدستوري في كافة المجالات التي تندرج ضمن صلاحياته بآراء أو قرارات تعلن عن دستورية أو عدم مطابقة الأحكام المعروضة عليه للدستور، بموجب المادة 1/165 من الدستور والتي تنص على أن" يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية"، مما يعني أن المجلس يملك ممارسة رقابة سابقة بخصوص القوانين العضوية والنظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان والمعاهدات والاتفاقات والاتفاقيات، ورقابة لاحقة بخصوص القوانين العادية والأوامر التشريعية والتنظيمات.

لكن القول بأن يصدر عن المجلس آراء وقرارات، هذا يؤدي إلى وجود عملين، فهل يختلفان من حيث القوة القانونية أم لهما نفس القوة؟

تنص المادة 49 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري أن "قرارات المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن"، وبالتالي نفهم من هذا النص أن يكون للرأي والقرار نفس القوة القانونية، لكن مادام الأمر كذلك فلماذا نحتفظ بالمصطلحين معا؟ مع العلم أن أصل مصطلح القرار يكون ملزم أما مصطلح الرأي فهو استشاري، كما أن هذه المادة جعلت هذه الآراء والقرارات غير قابلة لأي طعن فهي ملزمة لكافة السلطات العمومية بما فيها رئيس الجمهورية.

ونصت المادة 169 من الدستور على أنه "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس"، ومن هذا المنطلق فإن آراء وقرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن بما

[1]- عبد القادر شربال: المرجع السابق، ص 41.

في ذلك طلب إعادة النظر، باستثناء حالة طلب تصحيح خطأ مادي، فهي آراء وقرارات تكتسي الصبغة النهائية وذات النفاذ الفوري وتلزم كل السلطات العمومية، كما أنها ترتب بصفة نهائية كل آثارها ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها ما زالت قائمة.[1]

ويبدي المجلس الدستوري بعد أن يتداول في جلسة مغلقة رأيه، أو يصدر قراره في ظرف العشرين يوما الموالية لتاريخ إخطاره، [2] من طرف إحدى السلطات المنصوص عليها في المادة 166 من الدستور والتي تنص على أن "يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجل الأمة، المجلس الدستوري"، نستنتج أن مجال الرقابة الدستورية يحدده الإخطار، فهو لا يتدخل تلقائيا لمراقبة مدى احترام الدستور، هذا الإجراء قيد خطير على سلطة المجلس الرقابية وعلى حقوق وحريات الأفراد، مما يؤدي إلى تقليص مهمته فكيف نفعل الرقابة والتي تهدف لحماية قواعد الدستور إن كانت محدودة الجهات المخولة بالإخطار، والأولى توسيع اجراء الإخطار ليشمل الأفراد أو بعضا من أعضاء البرلمان كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي والذي يبدو أن المشرع الجزائري متأثر به، إلا أن هذا الأخير أضاف أعضاء آخرين بموجب تعديل الدستور لسنة 1974 تم به تعزيز دور المجلس الدستوري حيث سمح المؤسس الدستوري بإخطاره من قبل ستين نائبا من مجلس الشيوخ، إذن الرقابة الدستورية تم فتحها أمام المعارضة، وذلك بتوسيع من لهم حق إخطار المجلس وبالتالي تحسين الرقابة على دستورية القوانين وبهذه التحولات أصبح المجلس الدستوري يلعب دورا حقيقيا في ضمان عدم مخالفة القوانين للدستور.[3]

ورغم ذلك ثار نقاش حاد في الفقه الدستوري الفرنسي حول طبيعة هذا المجلس هل هو ذو طبيعة سياسية أو قضائية ومدى فعالية الرقابة التي يمارسها ومدى استقلاليته؟

---

[1]- عبد القادر شربال: المرجع السابق، ص33.

[2]-أنظر المادة 1/167 من دستور 1996.

[3]- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 126.

لقد ذهب جانب من الفقه للقول بأن الرقابة الدستورية في فرنسا مقررة لصالح السلطات العامة، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإنها مقررة لصالح الأفراد، وبالتالي انتقد أغلبية الفقه الدستوري حرمان الأفراد من حق اللجوء للمجلس الدستوري.

ومن المهم الإشارة إلى التعديل الدستوري الذي حصل في فرنسا في هذا الشأن في جويلية 2008 والمتضمن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة حيث أدخل ما يسمى بالمسائل ذات الأولوية الدستورية والذي سمح الآن بالرقابة على دستورية القوانين بطريق استثنائي من قبل القضاء طبقا لأحكام المادة 1/61 من الدستور على أنه "وبمناسبة دعوى معروضة على محكمة وتبين بأن نصا تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور، يمكن اخطار المجلس الدستوري بهذه المسالة بإحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض والذي يفصل في أجل محدد، القانون العضوي يحدد شروط تطبيق المادة السابقة"، وفعلا صدر القانون العضوي رقم 2009- 1523 في 10 ديسمبر 2009 ودخل حيز التنفيذ في 01 مارس 2010 وجاء ليحدد شروط تطبيق هذه المادة أي الشروط اللازمة لافتتاح المسألة ذات الأولوية الدستورية وأوجدها هذا القانون، بمعنى يجب على المحكمة معاينة النص التشريعي فيما إذا كان ينطبق على النزاع، أي هو أساس الدعوى أو المتابعة وأن لا يكون قد سبق وأعلن أنه متوافق مع الدستور، باستثناء حالة تغير الظروف وأن تكون المسألة جدية وإذا تم تحويل المسألة إلى أعلى محكمة مختصة، فلهذه الأخيرة أجل ثلاثة أشهر لاتخاذ قرارها بالإحالة إلى المجلس الدستوري من عدمها، وإذا لم تصرح هذه الجهة بقرارها في هذا الأجل فإن الاحالة إلى المجلس الدستوري تكون تلقائية.[1]

إذا أعلن المجلس الدستوري أن حكما أو نصا تشريعيا غير دستوري، فإنه يستبعد من ذلك النزاع المعروض على الجهة القضائية ويلغى، بمعنى أنه لن يرتب أثارا في المستقبل، على خلاف الإبطال والذي له أثر رجعي وذلك من تاريخ المجلس الدستوري ما لم يقر هذا الأخير تحديد أجل آخر للإلغاء.

[1]- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 135.

لقد تم فعلا أول تطبيق لهذا الاجراء الجديد فقد أعلن المجلس الدستوري بعد إخطاره من محكمة النقض عدم دستورية إحدى مواد قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي، لكل ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الرقابة الدستورية تعطي للقاضي دور شريك المشرع في التشريع وهذا يمكن أن يخرج لنا نوع من الغرفة الثالثة للبرلمان، وهذا ما أدى في السابق ببعض النقاد إلى الحديث عن حكومة قضاة قد تعارض السيادة الوطنية المنتخبين والواقع أن اعطاء المجلس الدستوري السلطة للتصريح بعدم دستورية القوانين يؤدي إلى وضع مكابح على الأعمال التشريعية ويعيق السلطتين التشريعية والتنفيذية، فالرقابة بشكل عشوائي تؤدي إلى شل أعمال المجلس ككل، وهذا هو سبب عدم الثقة الدائم من مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من قبل القضاة، إذن فحتى التعديل الدستوري الأخير في فرنسا فالرقابة في يد المجلس الدستوري مع منح القضاء -مجلس الدولة أو محكمة النقض فقط- إمكانية اخطار المجلس في ظل شروط معينة ليقرر في النهاية دستورية القوانين من عدمها، وبالتالي فدور القضاء غير مباشر استثنائي ولا يمكنه أن يفحص بنفسه دستورية القوانين.(1)

مما تقدم، يمكن القول أن المؤسس الدستوري الجزائري أسس المجلس الدستوري وحدد دوره وهو السهر على احترام الدستور وإن كان دور نظري، لأنه فعليا لا يحقق ذلك إلا بصفة ضيقة ومحدودة، نظرا لأن المجلس لا يتدخل ولا يتحرك من تلقاء نفسه إلا بعد إخطاره، وهي صلاحية حصرت بمقتضى الدستور في السلطة التنفيذية، ممثلة في رئيس الجمهورية، والسلطة التشريعية ممثلة في رئيسي غرفتي البرلمان، وليس لممثلي السلطة القضائية، رئيس المحكمة العليا، أو رئيس مجلس الدولة أي سلطة فيما يخص الإخطار، مما قد يعد مساسا بمبدأ التوازن بين السلطات الذي قد يظهر شكليا في تشكيلة المجلس الدستوري فقط، في مقابل إمكانية تقارب الانتماء السياسي للمخولين حق الإخطار (رئيس الجمهورية، رئيسي غرفتي البرلمان)، فإن ذلك من شأنه شل عمل المجلس وقلة فعاليته، كما أن حرمان المواطنين، أو ممثليهم كعدد معين من النواب مثلا، من اللجوء إلى المجلس الدستوري، يجعل من عمل المجلس، بعيدا جدا عن الحق في الطعن الذي تنادي به دولة القانون، لهذه الأسباب ينبغي أن يعزز المؤسس الدستوري من استقلالية المجلس الدستوري عضويا ووظيفيا نحو مزيد من الشفافية

(1)- سفيان عبدلي: المرجع السابق، ص 136-137.

وتكريسا لدولة القانون، من خلال فتح الإمكانية صراحة أمام القضاء من أجل فحص دستورية القوانين وتقييد ذلك بشروط صارمة لا تؤدي إلى تعدي القضاة على السلطة التشريعية، ولا تؤدي لسلب اختصاصات القاضي المقيد بمبدأ التدرج القانوني.

خاتمة

يعتبر رئيس الجمهورية المحور الأساسي في رسم السياسة العامة للدولة وهذا ما كرس من خلال مختلف الدساتير وخاصة الدستور الحالي 1996، وهذا ما توصلنا إليه في هذه الدراسة انطلاقا من الباب الأول المخصص للبحث عن الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية في هذا الدستور وخلصنا إلى نتائج هامة والتي نبينها كالآتي:

1-المؤسس الجزائري كرس حق العفو عن العقوبة في الدستور لرئيس الجمهورية كأغلب التشريعات، لكنه لم يعط له مفهوما محددا وأغفل الحديث عن تنظيم هذه المسألة من الجانب الشكلي واجراءاتها بصورة كاملة، سواء في قانون العقوبات أم قانون الاجراءات الجزائية أم قانون تنظيم السجون، وقد أرجع البعض هذا الاتجاه إلى إرادة المشرع في ترك مباشرة هذه السلطة الخطيرة لحسن تقدير وتصرف رئيس الجمهورية، كما أنه-حسب هذا الاتجاه- لا يمكن تقييد سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو عن العقوبة بإجراءات وشروط خاصة، لأنه إذا قمنا بذلك فإنه يصبح حقا وليس منحة، ومن ثم لا يتصور أن يدعي المحكوم عليه حقا إذا توفرت فيه شروط معينة لمصلحته، كما أنه لا يتوقف على طلب المحكوم عليه فقد يمنح له دون شروط، وهو إلزامي للمحكوم عليه، أي أنه لا يمكن للمحكوم عليه أن يرفض الاستفادة منه، وليس للقضاء حق التدخل من أجل الحصول عليه بعد صدور الحكم ولا حتى تقدير ملائمته أو رقابة اجراءاته.

2-كما جاء في المادة 7/77 من دستور سنة 1996 ما يلي"...- له حق إصدار العفو، وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها"، نلاحظ على نص هذه الفقرة أن الصياغة القانونية واسعة جدا وغير سليمة، فكان من المفروض إضافة لفظ العفو عن العقوبة تمييزا له عن العفو الشامل أو أي نظام آخر، لأن هذه الصياغة تشمل نظما أخرى تشبه العفو عن العقوبة ولكنها بعيدة عنه وهي تخرج عن نطاق الاختصاص المخول لرئيس الجمهورية في إطار السلطة التنفيذية، وتدخل في صميم اختصاص هيئات أخرى مكلفة بممارستها بموجب الدستور، ونقصد بذلك العفو الشامل وهذا لا يصح قانونا لاختلاف النظامين، فعدم ادراج هذه العبارة تؤدي إلى توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية في ممارسة العفو عن العقوبة.

3-سلطة ممارسة رئيس الجمهورية لحق العفو عن العقوبة مطلقة غير مقيدة بأي شروط ماعدا ما جاءت به المادة 156 من دستور 1996على أن "يبدي المجلس الأعلى

للقضاء رأيا استشاريا قبليا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو"، لكن كيف يستشير رئيس الجمهورية هيئة دستورية وهو يتربع على رئاستها بموجب المادة 154 من الدستور؟ كما أن ضرورة استشارة رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء قبل إصداره للعفو هي مجرد اجراء شكلي ليس له أي طابع إلزامي من الناحية القانونية فقد يأخذ به الرئيس أو يرفضه، كما أن اعطاء العفو لرئيس الجمهورية وحده يجعله يقبل طلبات العفو دون دراسة حقيقية وهو المبرر الذي منح للرئيس سلطة تقديرية واسعة في إصداره دون أن يتقيد بتقديم مبررات قانونية، والغالب في ذلك هو المبرر الانساني أو الظروف السياسية التي تمر بها البلاد وما تستدعيه من دواعي الاستقرار.

4-الطبيعة القانونية لمرسوم العفو عن العقوبة تبقى نسبية نتيجة الجدل القائم، فإذا اعتبر عمل من أعمال السيادة بالنظر إلى الجهة التي أصدرته، فإن الفقه إلا أن الفقهاء عند تحديدهم لمفهوم نظرية أعمال السيادة ميزوا بين الأعمال الإدارية والأعمال السياسية، وهذه الأخيرة لا تنشأ مراكز قانونية(حقوق) أو تمس بها، لكن مرسوم العفو عن العقوبة يمس بحقوق الأفراد وينشأ مراكز قانونية جديدة، وإذا اعتبر عمل إداري شبيها بالإجراء الذي يتخذه رئيس الدولة تنفيذا لقانون العفو الصادر عن السلطة التشريعية، في حين مرسوم العفو لا يصدر تنفيذا للقانون، وإنما يتخذ بصفة مستقلة من قبل رئيس الجمهورية الذي يستمد هذه السلطة ليس من قانون عادي وإنما من الدستور مباشرة، مما يجعله غير قابل للطعن، أما قول أنه عمل تشريعي غير سليم لأن القانون عام أما مرسوم العفو شخصي وفردي وينصب على الحكم، لذلك البعض يعتبره أقرب من طبيعة العمل القضائي لأن رئيس الجمهورية حينما يقوم بإصدار العفو على المحكوم عليه فإنه يحدث تعديل في الحكم الصادر من الهيئة القضائية إما كليا أو جزئيا أي احداث تغيير في المركز القانوني للمتهم باعتبار الرئيس يأخذ صفته القانونية من الدستور، كما أن قرار رئيس الجمهورية مرتبط بالحكم القضائي الذي انشأته الهيئة القضائية ويحمل خصائص العمل القضائي مثل التحقيق المسبق فهو لا يصدر اعتباطيا، لذلك نقول أن الاختصاص المخول لرئيس الجمهورية لممارسة العفو عن العقوبة هو عمل قضائي.

5-مركز المجلس الأعلى للقضاء ودوره لا يعبران عن وجود سلطة قضائية حقيقية من خلال تشكيلته حيث يرأس رئيس الجمهورية المجلس العلى للقضاء ويتم تعيين معظم أعضائه من قبله دون تقييده بشروط أو مراقبة أو استشارة،

6-كما يتولى رئيس الجمهورية تعيين القضاة عملا بالمادة 7/78 من الدستور وذلك بموجب مرسوم رئاسي بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء وباقتراح من وزير العدل وحصر دور هذا المجلس تقديم التوصيات إليه وهي غير ملزمة أي أن دور المجلس لا يتعدى الدور الاستشاري.

هذه المظاهر والاختصاصات تسمح لرئيس الجمهورية التأثير على المجلس الأعلى للقضاء، فلكي يكون المجلس أكثر فاعلية واستقلالية يجب أن يجمع في تشكيلته بين العضوية بالصفة والانتخاب بحيث تغلب عليه العناصر المنتخبة، لأن استقلالية القضاء هي من استقلالية القاضي.

أما الباب الثاني والمعنون أثر الاختصاصات القضائية الموسعة على دولة القانون فتوصلنا إلى النتائج التالية:

7-هذه الاختصاصات الواسعة لرئيس الجمهورية لا تقابلها المسؤولية السياسية لأنه يمارس اختصاصاته تحت مسؤولية الوزارة؛ بمعنى أنه يحق للبرلمان أن يسأل الوزارة عن أي اجراء يصدر من رئيس الجمهورية، وقد اكتفى دستور 1996 بموجب المادة 158 منه على مساءلة رئيس الجمهورية جنائيا فقط في حالة الخيانة العظمى، والتي تبقى بدورها غامضة في الدستور الجزائري من حيث غياب القانون العضوي المتعلق بقواعد عمل المحكمة العليا للدولة.

8-توسيع الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية ومجالات تدخله دون اخضاعها لإجراءات الرقابة من قبل القضاء، هذا الأمر لا يتماشى مع مبدأ استقلالية السلطة القضائية المعلن عنه في المادة 138 من الدستور، وفي الحقيقة أن جهاز القضاء لم يرق إلى ذلك، لأن استقلالية السلطة القضائية لا تتحقق فقط باستقلال وحماية القضاة بل بتوسيع وحماية صلاحياتهم ولاسيما وظيفة الرقابة، إلى جانب الضمانات الممنوحة للقضاة وغيرها من

المسائل التي أهملتها هذه المادة، فالعبرة ليس بظاهر النصوص والمصطلحات المستعملة، وإنما العبرة بمضمونها وبحقيقة الدور الذي تقوم به، لأنه لا يجب أن ننسى بواسطة هذه الأخيرة يمكن تجسيد دولة القانون.

9-توسيع اختصاصات رئيس الجمهورية مقابل تقليص اختصاص القضاء، كان له الأثر العميق على المفهوم القانوني للوظيفة القضائية وكيفية توزيع الاختصاصات المتعلقة وأدى إلى صعوبة تصنيف أعمال الدولة مما أثر على النظام القانوني للدولة.

10-عدم منح السلطة القضائية حق اللجوء للمجلس الدستوري يعد مساسا بمبدأ التوازن بين السلطات.

ولتجاوز هذه الصعوبات وتفادي القصور على مستوى النص الدستوري والقانوني يمكن للمرء تقديم جملة من الاقتراحات التي من شأنها أن تزيح كل تعارض بين الاختصاصات القضائية لرئيس الجمهورية وترسيخ دولة القانون ومن أهمها:

1-على المشرع الجزائري أن يضع نصوصا صريحة وواضحة يحدد فيها الأحكام والشروط والحالات أو الجرائم التي يجوز فيها تطبيق العفو على سبيل الحصر.

2-تعديل المادة7/77 من دستور 1996 لتصبح كما يلي: "له حق إصدار العفو عن العقوبة"، لأنه يجب الاكتفاء بالنص على المبدأ فقط؛ أي عبارة له حق العفو عن العقوبة كافية ولا داعي لإضافة كلمة تخفيض العقوبات أو استبدالها لأن مفهوم العفو عن العقوبة يشمل التخفيض والاستبدال والإلغاء الكلي أو الجزئي.

3-الغاء التناقض بين استقلال السلطة القضائية وممارسة رئيس الجمهورية العفو عن العقوبة، من خلال التضييق من سلطة رئيس الجمهورية في هذا المجال، كوضع لجنة مختصة بالفحص لإقرار هذا الحق، أو اقرار التوقيع الوزاري المجاور على مرسوم العفو عملا بمبادئ النظام البرلماني.

4-ضرورة الترفيع في مركز المجلس الأعلى للقضاء من خلال:-تعديل القانون رقم 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء فيما يخص تركيبته بأن يجاري نظيره الفرنسي ويسقط المادة المتعلقة برئاسة المجلس من طرف رئيس الجمهورية ويعوضه بالرئيس

الأول للمحكمة العليا في كل تشكيلات المجلس العامة والتأديبية فليس من مبرر يدعو المشرع الجزائري الاحتفاظ بهذا النص.

-اصلاح تركيبة المجلس بجعل القضاة أغلبية وأن يكونوا منتخبين من طرف زملائهم.

-النص دستوريا على الاستقلالية التامة للمجلس الأعلى للقضاء.

-توسيع صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء إلى حق المبادرة بالاقتراحات الكفيلة بتحسين مستوى محتوى القوانين وسير الجهاز القضائي، لأنه عاملا حاسما باتجاه تعزيز استقلالية القضاء، وهذا ما سعى إليه الدستور الفرنسي في التعديل الدستوري لسنة 2008. وتوسيع اختصاصاته.

5-ضرورة النص في الدستور على مسائلة رئيس الجمهورية عن جريمة الانتهاك الجسيم لأحكام الدستور، خاصة وأن الدستور قد نص على التزام الرئيس باحترام الدستور وكفالة أحكامه، مع وجوب تعديل الدستور بما يوجب المسؤولية السياسية للرئيس المتعلقة بممارسة سلطاته، كما يجب ضرورة تكريس مسؤوليته الجنائية بوضع قانون عضوي يبين كيفيات عمل المحكمة العليا للدولة وتكوينها.

6-تحقيق التوازن بين جميع السلطات في التمثيل داخل المجلس الدستوري وفي طريقة تقلد المنصب سواء بالتعيين أم بالانتخاب حتى تتوفر الديمقراطية في تشكيلة المجلس الدستوري.

7-توسيع حق اللجوء إلى المجلس الدستوري عبر تعديل المادة 166 من دستور 1996 ليشمل عدد من النواب وأعضاء مجلس الأمة والوزير الأول، على غرار ما هو متبع في عدة دول ومنها فرنسا تحقيقا للمساواة في ممارسة هذا الحق بينها وبين الأغلبية التي تستخدمه عن طريق رئيس الجمهورية.

وأخيرا، يمكن القول أن حداثة النظام الجزائري تجعلنا متأملين لمعالجة الاشكاليات المذكورة أعلاه، عبر بعض الإصلاحات التي تتعلق خاصة بتكوين القضاة أو بتركيبة المجلس الأعلى للقضاء، لأن مكانة السلطة القضائية هي مؤشر قوي لطبيعة النظام السياسي وليست مجرد مؤسسة لتطبيق الاجراءات القضائية، لذا لا يكفي وجود سلطة

قضائية ومنحها اختصاصات معينة، بل ينبغي تحديد مكانتها في الدولة من السلطات الأخرى، فإذا كان الاعتراف بالقضاء كسلطة ومنحه الاستقلال اللازم هو أساس دولة القانون إلا أنه لا يكفي أن يتقرر المبدأ وإنما يجب وضع ضمانات دستورية فعالة كأن يحد من هيمنة السلطة التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية، واحداث التوازن بين الاختصاصات من خلال تقليص صلاحيات رئيس الجمهورية في مواجهة السلطة القضائية.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولا-المصادر:

1-الدساتير:

-الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1963 تتضمن نص الدستور الجزائري لسنة 1963.

-الجريدة الرسمية عدد 94 الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 1976 تتضمن نص الدستور الجزائري لسنة 1976.

-الجريدة الرسمية عدد 09 الصادرة بتاريخ 01 مارس 1989 تتضمن نص الدستور الجزائري لسنة 23 فيفري 1989.

-الجريدة الرسمية عدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 تتضمن نص تعديل الدستور الجزائري لسنة 28 نوفمبر 1996.

-الجريدة الرسمية عدد 25 الصادرة بتاريخ 14 أفريل 2002 تتضمن نص تعديل الدستور الجزائري لسنة 2002.

-الجريدة الرسمية رقم 63 الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008 تتضمن تعديل دستور الجزائر لسنة 15 نوفمبر 2008.

-دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 2014 على موقع:

https: //www.google.com/constituteproject.org.

-دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر في 1787 المعدل، نسخة مترجمة للعربية صادرة عن لباد: دساتير ومواثيق سياسية، 2007.

-la constitution française du 1958 avec sa dernière mise à jour de 2008

http: //www constituproject.org/constitution/France_2008PDF?lang=ar

2-القوانين والمراسيم:

- قانون رقم 89- 21 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 53 صادرة في 12 ديسمبر 1989.

-المرسوم التشريعي رقم 92- 05 مؤرخ في 04 أكتوبر 1992 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 77 صادرة في 04 أكتوبر 1992.

-أمر رقم 95- 12 مؤرخ في 25 فيفري 1995، المتضمن تدابير الرحمة، الجريدة الرسمية رقم 11، صادرة في 01 مارس 1995.

-النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخ في 28 جوان 2000، الجريدة الرسمية رقم 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

-القانون العضوي رقم 04- 11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء، الجريدة رسمية رقم 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.

-القانون العضوي رقم 04- 12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة رسمية رقم 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.

-المرسوم التنفيذي رقم 04- 429 يتضمن تنظيم انتخاب القضاة الأعضاء في المجلس الأعلى للقضاء وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية رقم 83، صادرة في 26 ديسمبر 2004.

-المرسوم الرئاسي رقم 05- 278 مؤرخ في 14 أوت 2005، المتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 55، صادرة في 15 أوت 2005.

-المرسوم الرئاسي رقم 06- 93 مؤرخ في 28 فيفري 2006، المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 11، صادرة في 28 فيفري 2006.

-أمر رقم 06- 01 مؤرخ في 27 فيفري 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 11، صادرة في 28 فيفري 2006.

-أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل والمتمم بقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة رسمية رقم 84، الصادرة بتاريخ 20 ديسمبر 2006.

- أمر رقم 66- 155 مؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل والمتمم بقانون رقم 11-02 المؤرخ في 23 فيفري 2011 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية رقم 12، الصادرة بتاريخ 23 فيفري 2011.

-أمر رقم 75-88 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44، الصادرة بتاريخ 20 جوان 2005,

ثانيا-المراجع

1-باللغة العربية:

أ/الكتب:

-إدمون رباط: **الوسيط في القانون الدستوري العام(النظرية القانونية في الدولة وحكمها)**، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1971.

-أندريه هوريو: **القانون الدستوري والمؤسسات السياسية**، ج1، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1974.

-الصباحي حسن السيد يحي: **النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.

-أمين عاطف صليبا: **دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

-إسمن: **أصول الحقوق الدستورية**، ترجمة عادل زعيتر، المطبعة العصرية، دون تاريخ نشر.

-أحمد محمد حشيش: **نظرية وظيفة القضاء**، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002.

-السيد صبري: **مبادئ القانون الدستوري**، منشأة المعارف، القاهرة، 1940.

-الرشيد طلال خالد مرزوق: **استقلال السلطة القضائية(دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

-الطيب بلعيز: **إصلاح العدالة في الجزائر**، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008.

-القائفي جميل عبد الله: **سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية(دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

-أبو زيد فهمي مصطفى: **النظام الدستوري المصري**، مطابع السعدني، القاهرة، ط3، 2010.

-الأسدي حيدر محمد حسن: **عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى(دراسة مقارنة)**، مؤسسة دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

-أوصديق فوزي: **الوافي في شرح القانون الدستوري(السلطات الثلاث)**، ج3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

-أبو زيد محمد عبد الحميد: **توازن السلطات ورقابتها(دراسة مقارنة)**، القاهرة، 2003.

-أبو غاية خالد عبد العظيم: **طرق اختيار القضاة**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.

-الأتاسي عدنان: **الحقوق الدستورية**، مطبعة النضال، دمشق، 1947.

-البياتي منير حميد: **النظام السياسي(مقارنا بالدولة القانونية)**، دار وائل، عمان، 2003.

-الشرقاوي سعاد: **النظم السياسية في العالم المعاصر**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008

-الزعبي خالد سمارة: **القرار الإداري بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

-الكيلاني فاروق: **استقلال القضاء**، دار المؤلف، بيروت، ط2، 1999.

-البكر محمد عبد الرحمن: **السلطة القضائية وشخصية القاضي**، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988.

-السيد صبري: **مبادئ القانون الدستوري**، منشأة المعارف، القاهرة، 1940.

-الشكري يوسف عبد النبي: **رئيس الدولة في الاتحاد الفدرالي**(دراسة مقارنة)، بغداد، 1998.

-العبودي محسن: **رئيس الدولة بين النظم المعاصرة والفكر السياسي الاسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

-الحسن حسن: **الأنظمة السياسية والدستورية في لبنان وسائر البلدان العربية**، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002.

-بن حمودة ليلى: **الديمقراطية ودولة القانون**، دار هومة، الجزائر، 2014.

-بوشعير سعيد: **القانون الدستوري والنظم السياسية(الأنظمة السياسية)**، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

______: **القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2000.

______: **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 1991.

- بسيوني عبد الغني عبد الله: **النظم السياسية(أسس التنظيم السياسي)**، منشأة المعارف، القاهرة، 1991.

______: **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995.

-بسيوني عبد الرؤوف هاشم محمد: **اتهام رئيس الجمهورية ومحاكمته في النظام الأمريكي(المحاكمة البرلمانية)**، دون دار نشر، ط2، 2009.

-بدر محمد حسن عامر الجعيدي: **التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني(دراسة مقارنة مع التطبيق على النظام الدستوري الكويتي)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

-بوبشير محند أمقران: **السلطة القضائية في الجزائر**، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.

-بدرخان عبد الحكيم إبراهيم:: **معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

-بوراس عبد القادر: **العفو عن الجريمة والعقوبة(في التشريع الجزائري والمقارن)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

-بن عبيدة عبد الحفيظ: **استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات**، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

-بوقفة عبد الله: **أليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري(دراسة مقارنة)**، دار هومة، الجزائر، 2002.

-حازم صادق: **سلطة رئيس الدولة(بين النظامين البرلماني والرئاسي)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

-جان فولف: **النيابة العامة**، ترجمة نصر هايل، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2006.

-حسام الدين الأحمد وسيم: **استقلال القضاء**، منشورات الحلبي، بيروت، 2012.

-حيدر محمد حسن الأسدي: **عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى(دراسة مقارنة)**، مؤسسة دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

-حلمي فهمي عمر: **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.

-خالد هشام: **مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام الفقه وأحكام القضاء**، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990.

-خليل جريج: **الرقابة القضائية على أعمال التشريع**، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجيلاوي، بيروت، 1971.

-دوفرجيه موريس: **المؤسسات السياسية والقانون الدستوري(الأنظمة السياسية الكبرى)**، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1992.

-رازق بارة كريمة: **حدود السلطة التنفيذية**، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، 2011.

-رعد نبيل شديد الفاضل: **استقلالية القضاء**، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2003.

-طعيمة الجرف: **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

-لعشب محفوظ: **التجربة الدستورية في الجزائر**، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.

-مياي ميشال: **دولة القانون(مقدمة في نقد القانون الدستوري)**، ترجمة... ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

-محمد كامل ليلة: **القانون الدستوري**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967.

-ميدور دانيال: **المحاكم الأمريكية**، ترجمة مصطفى رياض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1991.

-عادل محمد جبر أحمد شريف: **حماية القاضي وضمانات نزاهته(دراسة مقارنة)**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.

-عبد المجيد عزه مصطفى حسني: **مسؤولية رئيس الدولة(دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

-عباس عمار: **العلاقة بين السلطات(في الأنظمة السياسية المعاصرة والنظام الجزائري)**، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

-عبود ماهر عبد المجيد: **العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.

-عدنان عاجل عبيدات: **أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون**، دون دار أو مدينة نشر، 2008.

-عمر حلمي فهمي: **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني(دراسة مقارنة)**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.

-عصفور محمد: **استقلال السلطة القضائية**، مطبعة أطلس، القاهرة، 1969.

-غسان رباح: **نظرية العفو في التشريعات العربية(دراسة مقارنة بين القوانين العربية والأوربية)**، منشورات عويدات، عمان، 1985.

_____: **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

-سعيد السيد علي: **نطاق وأحكام مسؤولية الدولة(دراسة مقارنة)**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.

_____: **حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية**، القاهرة، 1999.

-شلالا نعيم نزيم: **مخاصمة القضاة(دراسة مقارنة)**، منشورات الحلبي، بيروت، 1999.

-شكري زهير: **الوسيط في القانون الدستوري**، دار بلال، بيروت، 2001.

-شربال عبد القادر: **قرارات وآراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام الدستور الجزائري**، دار هومة، الجزائر، دون تاريخ نشر.

-فريجة حسن: **مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية(دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، المصري، الجزائري)**، المطبعة الجزائرية للمجلات، الجزائر، دون تاريخ نشر.

-فيشر لويس: **سياسات تقاسم القوى(الكونغرس والسلطة التنفيذية)**، ترجمة مازن حماد دار الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، ط3، 1994.

-يس عمر يوسف: **استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي**، مكتبة الهلال، بيروت، 1995.

-يوسف الشكري علي: **التناسب بين سلطة رئيس الدولة ومسؤوليته في الدساتير العربية**، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2010.

ب/المعاجم والقواميس:

-ابن المنظور محمد بن بكر: **لسان العرب**، مج15، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 2003.

-دو هاميل أوليفيه ميني إيف: **المعجم الدستوري**، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996.

-سعدي أبو جيب: **القاموس الفقهي(لغة واصطلاحا)**، دار الفكر، دمشق، ط1، 1982.

-سعيفان أحمد: **قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية(عربي، إنجليزي، فرنسي)**، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، دون تاريخ نشر.

ج/رسائل الدكتوراه:

-العزب رجب محمد عبد الله: **العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009.

-المنتصر محمد ناجي صالح: **النظرية العامة للعفو(العفو الشامل- العفو عن العقوبة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2002.

-شريط لمين: **خصائص تطور النظام الدستوري الجزائري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 1991.

-لوشن دلال: **الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012.

-حسان عبد السميع هاشم أبو العلا: **مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية(دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.

د/الدوريات والمقالات:

-باتريك أوفير: "**اصلاح مسؤولية رئيس الجمهورية**"، ترجمة محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، الجزائرية للكتاب، الجزائر، العدد الثاني، 2007.

-بوجمعة صويلح: "**دراسة قانونية في تشكيل المجلس الاعلى للقضاء**"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد7- ديسمبر- 2004 .

-بطيمي حسين: "**استقلالية السلطة القضائية في ظل دستور 1996**"، الملتقى الدولي الثاني لكلية الحقوق التعديلات الدستورية في البلدان العربية، جامعة ثليجي، الأغواط 07 ماي 2008.

-لوران دوبيسيه: "**تدرج القواعد وتدرج السلطات**"، ترجمة محمد عرب صاصيلا، مجلة القانون العام وعلم السياسة، الجزائرية للكتاب، الجزائر، العدد الثاني، 2007.

-عادل عبد ابراهيم: " **الآثار القانونية التي تترتب على صدور العفو الخاص(دراسة في القانون الأردني)**"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، ليبيا، 1998.

-فكاير نورالدين: "**مقومات استقلال القضاء**"، مجلة النائب، العدد 05، أكتوبر 2004.

-شلقاني أحمد شوكي: "**استقلال القضاء والادعاء العام في الأنظمة السعودية(دراسة مقارنة)**"، مجلة الإدارة العامة، العدد39، 1999.

-واصل محمد: "**أعمال السيادة والاختصاص القضائي**"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، العدد الثاني، المجلد 22، 2006.

هـ/المقالات الالكترونية:

-حسن مصطفى البحري: **الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية**، بحث منشور على موقع:

http://www.5ayma/vb/show thread.php?t=7623 .

بتاريخ11 -03 -2011، الساعة 43: 12.

-سلوى حسين حسن رزق: "**الدستور ومبدأ العفو عن العقوبة**"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد49، أفريل 2011، مقال منشور على موقع:

http://www.lawfac.mams.edu.eg/arabic/megala/documents/1/4.

بتاريخ 30 جانفي 2013، الساعة 30: 10.

-عبدلي سفيان: **ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا**، 2011، بحث منشور على موقع:

http://books.google.dz/book?sid=5jiubQAAQBAJ&pg=pA92&ipg=PA921dq

الساعة 06: 09، بتاريخ 11- 04- 2015.

-مجيد بن الشيخ أمين سيدهم: **استقلال وحياد القضاء في الجزائر**، الشبكة الأوربية المتوسطة لحقوق الإنسان، أكتوبر 2011، بحث منشور على موقع:

http://www.google.d/search?biw=1093&bih=534&noj=1&site=webp&source=hplq.

بتاريخ: 04- 02- 2015، الساعة 09:50

و/المواقع الالكترونية:

-www.joradp.dz .

-www.conseilconstitutionnel-dz.org .

2-باللغة الأجنبية:

A- Ouvrages:

−Bernard Stirn: **Les sources constitutionnelles du droit administratif**, L.G.D.J, Paris , 3ème édition, 1999.

−Christian Bidégaray et Claude Emeri: **La responsabilité politique**, Dalloz, Paris, 1998.

−Jacques Cadart: **Institutions Politiques et Droit constitutionnel**, Tome 1,L.G.D.J, Paris, 2ème édition, 1990.

−Jacques Chevallier: **L'État de droit**, **Montchrestien,** Paris, 4ème édition,2003.

−Gérard Bergeron: **Fonctionnement De l'Etat**, Armand Colin Paris,2ème édition, 1965.

−Montesquieu: **De l'esprit des lois**, Tome1, ENAG, Alger, 1990.

−Zoller Elisabeth: **Droit Constitutionnel**, , PUF, Paris, 2ème edition, 2000.

B- Dictionnaires:

−De Villiers Michel: **Dictionnaire De Droit Constitutionnel**, Dalloz, Paris, 2ème editions,1999.

−Le petit Larousse, Larousse, Paris, 2008.

C- Revues:

−Pauline Tùrk: « **Le Droit De Grâce Présidentiel à L'issue De La Révision Du 23 Juillet 2008 »**, Revue française de droit constitutionnel, N 79, 3- 2009.

−Matthieu Conan: **« Amnistie Présidentielle et tradition** », Revue Du Droit Public, 17 édition, N 5- 2001.

−Pierre Avril: "**à propos du statut pénal du chef de l'Etat"** (présentation du rapport de la commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du président de la république instituée par le décret du 4 juillet 2002), Revue Du Droit Public, N 6- 2002.

الفهرس

الملخص

إن قيام دولة القانون يقتضي وجوب خضوع جميع السلطات والمؤسسات الدستورية المختلفة لأحكام النظام القانوني السائد في الدولة في كل ما تقوم به من أعمال واجراءات، ومن بين المقومات الأساسية لدولة القانون مبدأ استقلالية السلطة القضائية والذي يفترض التخصص والاختصاص، أي يقتضي أن كل سلطة من سلطات الدولة يجب أن تتمتع باختصاصات محدودة، كما يجب أن يتمتع القضاة بحرية الحكم في المسائل المعروضة على القضاء.

إلا أن دراسة توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة والتفسيرات المختلفة للمبدأ خلقت إشكالية في فهمه من جانبين، الأول: اصطلاحي ويتمثل في تحديد معاني المصطلحات المتباينة التي يستعملها فقهاء القانون الدستوري مثل -autorité-fonction pouvoir .

والثاني: تحليلي ويتمثل في الوقوف على الخلاف الفقهي حول بيان طبيعة بعض أعمال رئيس الجمهورية نظرا لتقابل في الصلاحيات بين السلطتين التنفيذية والقضائية، ولحل هذه الإشكالية تبنت بعض دساتير الدول الحديثة ومنها الجزائر معايير، إلا أن هذا لم يحل المشكلة بسبب وجود أعمال لا تزال طبيعتها القانونية غامضة كحق العفو عن العقوبة، والذي لم نجد له أي تبرير قانوني لدى فقهاء القانون الدستوري.

إن نجاح القضاء في أداء الدور المنوط به لا يمكن أن يتحقق على الوجه الأمثل إلا إذا كانت سلطته مستقلة عن السلطتين، لكن الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في إطار المجلس الأعلى للقضاء، من خلال الأغلبية الساحقة التي يتكون منها المجلس والتي تمثل السلطة التنفيذية، كما أن سلطة رئاسة المجلس تمنح لرئيس الجمهورية فرصة كبيرة للتحكم في تسيير العمل القضائي، فكان من المفروض أن يتشكل المجلس الأعلى للقضاء من أغلبية قضاة الحكم والتقليل من ممثلي السلطة التنفيذية، وهذا ما تم تكريسه في المادة 65 من دستور 1958 الفرنسي وذلك بعد تعديلات جويلية 2008 التي مست تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء والتي ألغت رئاسة رئيس الجمهورية لهذا المجلس واستبدلتها بالرئيس الأول لمحكمة النقض.

وفي هذا السياق يمكن القول بأن خضوع القضاة للسلطة التنفيذية دليل على فشل التجربة الدستورية الجزائرية في ضمان استقلالية السلطة القضائية.

RESUME

L’état de droit exige la subordination de toutes les autorités et institutions constitutionnelles au règlement judicaire en vigueur dans toutes leurs démarches et procédures.

L’indépendance de l’institution judiciaire est considérée comme un élément fondamental de l’état de droit, qui exige la juridiction et la compétence, c’est- à-dire toute autorité doit jouir de certaines compétences bien déterminées.

Les juges, à l’instar de l’institution judiciaire, doivent jouir de la liberté en matière d’arbitrage et de règlement judicaire.

Or, l’étude de la répartition des compétences pose une double problématique, sur le plan terminologique, dans la détermination des significations des différents termes utilisés par les juristes comme: pouvoir-autorité- fonction.

Et sur le plan analytique, concernant la détermination de la querelle doctrinale sur la nature de quelques actes du président de la république, vu que les pouvoirs entre l’autorité législative et exécutive son contrebalancées.

Pour faire face à cette problématique, les nouvelles constitutions, entre autre l’Algérie, ont adopté certains normes, alors qu’elle n’est pas encore résolue à cause de la persistance de quelques actes dont la nature est toujours ambigue (comme le droit de grâce) qui demeure sans justification légal selon les juristes.

Le succès de la justice ne peut étre assuré qu’à travers son indépendance des deux autorités, mais les larges pouvoirs dont jouit le président de la république dans le conseil supérieur de la magistrature, lui donne plus de possibilité de gérer des procédures judicaire.

Le conseil supérieur de la magistrature aurait du étre composé de la majorité des juges et une minorité des représentants du pouvoir législatif, ce qui été consacré à l’article 65 de la constitution française de 1958 et les modifications de l’an 2008 relatives à la composition du conseil supérieur de la magistrature et supprimant la présidence du président de la république de ce conseil et le remplacer par le président de la cour d’appel.

Dans ce cas, on peut donc dire que la dépendance des juges au pouvoir législatif fait preuve de l’échec de l’expérience constitutionnelle Algérienne pour assurer l’indépendance de la justice.



التعديل الدستوري لسنة 2016

جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 باستحداث نصوص جديدة بخصوص السلطة القضائية نوضحها فيما يلي:

-التأكيد على مبدأ استقلالية السلطة القضائية حسب ما تنص عليه المادة 156 منه على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون.

رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية".

لكن السؤال المطروح هل يكفي الاستقلال المنصوص عليه دستوريا؟ وكيف لرئيس الجمهورية أن يكون ضامن لاستقلالية السلطة القضائية؟ إذ يجب وضع ضمانات دستورية فعالة كأن يحد من هيمنة السلطة التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية وكذا وزير العدل من هيئة المجلس الأعلى للقضاء، فلا ينبغي على السلطة التنفيذية التدخل في تعيينهم.

-كما نص هذا التعديل الدستوري في المادة 166 على حماية القاضي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه، بإقرار حقه في التماس المجلس الأعلى للقضاء في حالة تعرضه لإحدى هذه الحالات دعما لاستقلالية القاضي، كما أكد على مبدأ عدم قابلية نقل قاضي الحكم حسب الشروط المحددة في القانون الأساسي للقضاء، ليحدد القانون العضوي كيفيات تطبيق هذه المادة، لكن لا تتحقق استقلالية السلطة القضائية فقط باستقلال وحماية القضاة، بل بتوسيع وحماية صلاحياتهم، أي الاستقلال الوظيفي والعضوي ولاسيما وظيفة الرقابة، إلى جانب الضمانات الممنوحة للقضاة وغيرها من المسائل التي أهملتها المادة 156 من الدستور.

-وقد أكدت المادة 176 منه على "الاستقلالية الإدارية والمالية للمجلس الأعلى للقضاء، ويحدد القانون العضوي كيفيات ذلك"، ليبقي على رئاسة رئيس الجمهورية لهذا المجلس.

-دعم تمثيل السلطة القضائية في المجلس الدستوري برفع عدد القضاة في هذه المؤسسة وإعادة النظر في تنظيم المجلس الدستوري لا سيما في تشكيلته بزيادة عدد أعضائه لضمان تمثيل متوازن للسلطات الثلاث بداخله، حسب الفقرة الأولى من المادة 183 منه التي تنص على أن "يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر عضوا: أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان ينتخبهما مجلس الأمة، واثنان تنتخبهما المحكمة العليا، واثنان ينتخبهما مجلس الدولة"، وقد أكدت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "في حالة تعادل الأصوات بين أعضاء المجلس الدستوري، يكون صوت رئيسه مرجحا"، وفي هذا الأمر تناقض مع استقلالية هذه المؤسسة المنصوص عليها في المادة 182 منه على أن "يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية"، من خلال دور رئيس الجمهورية في تعيين أربعة أعضاء وخاصة رئيس هذه المؤسسة.

-ولديمومة مؤسسة المجلس الدستوري ودعم المركز القانوني لأعضائه استحدث هذا التعديل الدستوري وظيفة نائب رئيس المجلس الدستوري، وهو ما أكدته المادة 4/183-5 منه والتي تنص على أن "يعين رئيس الجمهورية رئيس ونائب رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ثماني سنوات ، ويجدد نصف عدد أعضاء المجلس الدستوري كل أربع سنوات" ، وإقرار شروط السن والتأهيل والكفاءة والخبرة للعضوية في المجلس الدستوري حسب المادة 184 التي تنص على أن "يجب على أعضاء المجلس الدستوري المنتخبين أو المعينين ما يأتي: بلوغ سن أربعين سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم، والتمتع بخبرة مهنية مدتها خمس عشرة سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية، أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة"، وإخضاع أعضاء المجلس الدستوري أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم، حسب النص الآتي: "أقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفي بنزاهة وحياد، وأحفظ سرية

المداولات وأمتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري" وهو ما أكدته المادة 183 منه.

-وأقر توسيع إخطار المجلس الدستوري إلى الأقلية البرلمانية والوزير الأول، كما جاءت به المادة 187 منه على أن "يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول.

كما يمكن إخطاره من خمسين نائبا أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة"، أي فتح الرقابة الدستورية أمام المعارضة، ليصبح المجلس الدستوري بمثابة مؤسسة تراقب عمل الأغلبية لمساندة الأقلية المعارضة.

-ومنح أيضا القضاء عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة إمكانية إخطار المجلس الدستوري الدفع بعدم الدستورية، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور(المادة 188)، لكن دور القضاء هنا يبدو غير مباشر ولا يمكنه فحص دستورية القوانين.

-أما المادة 189 منه فقد رفعت مدة عمل هذا المجلس من عشرين يوما إلى ثلاثين يوما من تاريخ الإخطار، وفي حال وجود طارئ، وبطلب من رئيس الجمهورية، يخفض هذا الأجل إلى عشرة أيام.

عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الاخطار، لتفادي التناقض بين الدستور والنص القانوني كما كان عليه الحال سابقا.

-كما عمل هذا التعديل الدستوري على دستورية الكثير من المبادئ، منها النص على حجية قرارات وآراء المجلس الدستوري لتكون نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية حسب ما جاء في المادة 191 /3 منه، وهي انعكاس لوظيفته في السهر على احترام الدستور المنصوص عليها في المادة 182 منه.